



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

RICARDO RODRIGUES FONSECA JUNIOR

O CONTRATO DE FACTORING E O DIREITO DE REGRESSO

BRASÍLIA
2015

RICARDO RODRIGUES FONSECA JUNIOR

O CONTRATO DE FACTORING E O DIREITO DE REGRESSO

*Pesquisa para elaboração de monografia
apresentado ao Centro Universitário de
Brasília – UniCeub como exigência parcial
para a aprovação da conclusão de curso de
Pós Graduação em Direito Empresarial e
Contratos sob a orientação do Professor
Mestre Júlio César Lérias Ribeiro.*

**Brasília
2015**

RICARDO RODRIGUES FONSECA JUNIOR

O CONTRATO DE FACTORING E O DIREITO DE REGRESSO

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu, na área de Direito Empresarial e Contratos. Orientador: Julio César Lérias Ribeiro.

Brasília, 26 de outubro de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Prof. Me. Einstein Lincoln Borges Taquary

Dedico este trabalho aos meus pais, minhas irmãs e ao meu orientador, que aceitou de pronto me orientar, mesmo estando com sua agenda cheia de orientandos da graduação, e não sendo orientador designado pela pós-graduação do UNICEUB.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me dar saúde e disposição para trabalhar duro e conseguir concluir mais essa etapa.

RESUMO

A presente monografia tratou do direito de regresso no contrato de factoring, demonstrando não ser possível o direito de regresso ante a insolvência do devedor. Para tanto, foram descritas correntes doutrinárias acerca do contrato de factoring, e o direito de regresso do faturizador em face do faturizado. Foi demonstrado que na hipótese de insolvência do devedor do título, emitente, a empresa de factoring não tem direito de regresso contra o faturizado, cedente do título, mormente pelo fato de no contrato de factoring, a empresa faturizadora, recebedora dos títulos com o deságio denominado *factor*, assumir o risco empresarial do não recebimento do título perante o devedor principal.

PALAVRAS CHAVES: Contratos. Factoring. Regresso.

ABSTRACT

This monograph deals with the right of regress in the factoring agreement, demonstrating not be possible right of regress against the debtor's insolvency. To do so, they were described doctrinal currents about the factoring agreement, and the right to factoring company in the face of transferor of the securities. It has been shown that in the case of insolvency of the title of the debtor, issuer, the factoring company does not have a claim against the transferor of the securities, title of the transferor, mainly because of the factoring agreement, factory company, recipient of the bonds with discount called factor, assuming the business risk of not receiving the title to the principal debtor.

KEYWORDS: Contracts. Factoring. Regress.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTRATO DE FACTORING	11
1.1 Contrato de Factoring e direito empresarial.....	11
1.2 Noções gerais sobre o contrato de factoring.....	15
1.3 Contrato de factoring e normatividade.....	23
2 O CONTRATO DE FACTORING E O DIREITO DE REGRESSO	26
2.1 Diferenças e semelhanças com outros pactos de transferências de títulos.....	26
2.2 A impossibilidade de regresso pela insolvência do devedor.....	31
2.3 Possibilidade de regresso ante a inexistência de crédito.....	36
3 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DIREITO DE REGRESSO NO CONTRATO DE FACTORING.....	40
3.1 Jurisprudência desfavorável ao direito de regresso.....	40
3.2 Jurisprudência favorável ao direito de regresso	45
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53
ANEXO: Projeto de Lei da Câmara n. 13/2007.....	56

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia destaca o direito de regresso no contrato de factoring. É de grande relevância o tema. Trata-se de contrato atípico, não regulamentado, muito utilizado no mercado para alavancagem de empresas, que adiantam os valores das vendas feitas à prazo, para realizarem investimentos. Este contrato é bastante conhecido na prática comercial. Todavia, dada a falta de regulamentação carece ainda de estudos para melhor explicá-lo. O texto trará conceitos doutrinários sobre o contrato de factoring, e também sobre o direito de regresso, além da visão jurisprudencial.

O foco principal desta pesquisa está ligado à discussão do direito de regresso no contrato de factoring. A doutrina e a jurisprudência discutem a possibilidade jurídica do direito de regresso da empresa faturizadora em face da empresa faturizada, cedente do título no contrato de factoring.

No pacto de factoring, o emitente entrega o título de crédito a prazo em favor de um lojista. O lojista para adiantar o capital de giro efetua contrato de factoring com a empresa faturizadora, repassando-lhe o referido título de crédito, mediante o deságio do título. O deságio é denominado *factor*. Pode ocorrer do título não ser solvido pelo emitente, gerando prejuízo à empresa faturizadora, que conta com o valor do título para continuar a ofertar o serviço de factoring no mercado empresarial. O ponto a ser debatido na pesquisa se relaciona com o possível direito de regresso da empresa faturizadora em face da empresa faturizada.

A doutrina e a jurisprudência não divergem sobre a possibilidade do direito de regresso, quando ao tempo da emissão do título pelo devedor não havia suporte de crédito para sustentá-lo. Nesse caso, a fraude originária gera direito de regresso em favor da empresa faturizadora, que fora ludibriada para fornecer o serviço de crédito do contrato de factoring.

A doutrina e a jurisprudência discutem, e isso é o centro da atenção desta pesquisa, sobre a possibilidade do direito de regresso decorrente da não solvabilidade do devedor, emitente do título, no momento do seu resgate. Para uma parte da doutrina e da jurisprudência cabe direito de regresso em favor da empresa faturizadora, pois poderia haver a previsão do direito de regresso no pacto de factoring, ou por ensejar enriquecimento ilícito da empresa faturizada. Outra parte da doutrina e da jurisprudência optam por negar o direito de regresso em favor da empresa de factoring, quando não solvido o título a ela repassado pelo

emitente, pois a empresa faturizadora assume o risco da sua atividade empresarial nesse tipo de contrato.

A pesquisa propõe o seguinte problema central: é possível na interpretação do direito a possibilidade de regresso da empresa faturizadora em face da empresa faturizada quando há a insolvência do devedor do título? A hipótese desta monografia responde negativamente ao problema proposto. Demonstrar-se-á o não cabimento do direito de regresso nesses casos.

No primeiro capítulo serão abordados aspectos doutrinários sobre o tema contrato de factoring. Serão estabelecidos conceitos, natureza jurídica e modalidades do contrato de factoring, que é o ponto de partida para que se tenha a caracterização do contrato. Será tratada ainda a legislação aplicável ao contrato de factoring, bem como as tentativas de se legislar sobre o referido contrato.

No segundo capítulo serão explanadas as semelhanças e diferenças do contrato de factoring com outros pactos contratuais de transferência de títulos, a fim de aclarar a finalidade do factoring e o direito de regresso que é o tema do presente trabalho. Assim, será tratada a visão doutrinária quanto à possibilidade ou não do direito de regresso do faturizador em relação ao faturizado, quando há a insolvência do devedor do título, e também ante a inexistência de crédito por vício na origem e formação do título.

No terceiro capítulo será apresentado o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade do direito de regresso no contrato de factoring. Serão apresentados tanto o entendimento favorável quanto contrário ao direito de regresso, com a conclusão sobre qual entendimento prevalece nos tribunais pátrios.

O presente trabalho adotará como marco teórico a doutrina do direito civil e empresarial brasileiro contemporâneo. Utilizar-se-á o método da pesquisa bibliográfica e documental.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTRATO DE FACTORING

No presente capítulo serão abordados aspectos doutrinários sobre o tema contrato de Factoring. Serão estabelecidos conceitos, natureza jurídica e modalidades do contrato de factoring, que é o ponto de partida para que se tenha a caracterização do contrato. Será tratada ainda a legislação aplicável ao contrato de factoring, bem como as tentativas de se legislar sobre o referido contrato.

1.1 Contrato de factoring e direito empresarial

O tema contrato de factoring insere-se no direito comercial, mais usualmente denominado direito empresarial. Necessário assim tecer algumas considerações a respeito do significado de direito empresarial a fim de demonstrar que o contrato e os sujeitos do contrato de factoring são regidos pelas normas de direito empresarial.

O direito empresarial, conforme Gladston Mamede¹, é um conjunto de normas de direito privado que disciplinam as atividades empresariais (circulação e produção de bens, e prestação de serviços) e atos comerciais, estes, mesmo que não diretamente relacionados à uma atividade de empresa.

Corroborando com o conceito de Mamede, Rubens Requião² leciona que o Direito Empresarial é um conjunto de normas regulamentadoras das atividades econômicas privadas empresariais, atividades destinadas à produção e circulação de bens e serviços, com profissionalismo e habitualidade, sempre com o objetivo de obter lucro.

O contrato empresarial mantém relação com qualquer espécie de contrato, pois está contido no gênero contrato. Ocorre que o contrato empresarial possui características próprias e específicas no âmbito contratual³.

Waldírio Bulgarelli⁴ orienta que “o termo empresarial certamente pressupõe o reconhecimento da existência de empresa, o que leva conseqüentemente à análise da sua

¹ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 370

² REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

³ BULGARELLI, Waldírio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 91.

⁴ Idem.

posição no ordenamento jurídico, verificando-se o fenômeno da empresarialidade como abrangente de novos *sujeitos, bens e atos* no âmbito jurídico”.

Os contratos empresariais são aqueles realizados entre empresas, onde os sujeitos têm preenchidos os elementos de empresa. Paula Forgioni⁵ aduz sobre contratos empresariais:

A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os pólos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.

Fran Martins⁶ afirma que “uma diferença que se pode estabelecer entre contratos civis e comerciais é que estes serão sempre os praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão, enquanto aqueles são os que qualquer pessoa capaz poderá praticar”.

Fábio Ulhôa Coelho⁷ expressa que o contrato empresarial tem natureza cível, e diferencia-o do contrato entre empresa e consumidor tendo em vista a igualdade entre as partes. Para ele, empresas têm a capacidade de contratar advogados ou profissionais para verificarem o contrato antes de contratar, o que não ocorre com o contrato de consumo, onde o consumidor é parte vulnerável. Assim, a principal característica do contrato empresarial seria que as partes estão em pé de igualdade, não se falando em vulnerabilidade técnica na capacidade para contratar.

Assevera o referido autor sobre os contratos empresariais, devendo ser objeto de estudo do direito empresarial:

(...) esse é o campo de interesse da tecnologia comercialista. Quando a relação contratual se estabelece entre o empresário e um sujeito de direito não dedicado à exploração de atividade empresarial (empregado, profissional liberal, estado, etc), seu estudo deve ser feito por outros ramos da tecnologia jurídica⁸.

⁵ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

⁶ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 77.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 5.

Destaca-se sobre o termo utilizado por Bulgarelli⁹, onde aduz que o contrato estabelecido entre uma empresa e um consumidor, também é empresarial, mas meramente empresarial, e que o contrato firmado entre duas empresas, é o contrato interempresarial.

Em sua obra sobre contratos mercantis, Bulgarelli¹⁰ afirma que aos contratos mercantis são aplicadas regras gerais dos contratos, mas que surgiram novas características aplicáveis exclusivamente, que são o caráter dinâmico da propriedade no direito comercial, tendo em vista que no direito civil é mais estático, a informalidade dos contratos, que visa dar maior velocidade ao negócio jurídico, e a uniformização dos procedimentos e normas, facilitando as operações até internacionalmente.

Fábio Konder Comparato¹¹ ressalta que o contrato empresarial não deve ser tratado como um contrato autônomo em relação aos demais contratos. Tal assertiva é assim destacada pelo autor:

Não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global.

Importante ressaltar ainda sobre contratos empresariais a autonomia do mercado acerca da escolha ou criação do contrato que melhor atenda aos fins das partes contratantes. Paula Forgioni¹² destaca sobre o assunto:

As partes, quando negociam e contratam, não tomam confortavelmente assento diante de um código e escolhem, entre fórmulas pré-existentes [i.e., tipificadas], aquela que mais lhes apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado.

Segundo a autora nos contratos empresariais é imprescindível que se tenha a utilização dos usos e costumes, para dar melhor andamento aos contratos, pois fazem com que

⁹ BULGARELLI, Waldírio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 93.

¹⁰ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 54.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Imprensa, 1981. p. 251.

¹² FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

as partes tenham “legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (i.e., estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança”¹³.

Questão atinente aos contratos empresariais é a interpretação do contrato. Tomando como exemplo o fato do contrato de consumo ser interpretado de forma a beneficiar e atender ao consumidor, nos contratos empresariais, tendo em vista a igualdade entre as partes, é preciso levar em consideração vários aspectos, além dos já conhecidos na teoria geral dos contratos.

Tais aspectos particulares aos contratos empresariais foram tratados por Paula Forgione¹⁴, tendo como parâmetros, por exemplo, o que se busca no mercado com a prática do contrato; deve se entender uma cláusula sempre no sentido que mais convém à natureza do contrato; os usos e costumes do mercado são de tamanha importância que devem ser levadas em conta mesmo quando as mesmas não constam no contrato, assumindo função de integração do contrato.

Ainda, é preciso levar em consideração quanto à interpretação do contrato, que não há legislação específica aprofundada ao contrato de factoring. Por isso é preciso se valer de outros contratos e institutos semelhantes, como por exemplo a cessão de crédito e o endosso. Tal assunto será tratado com mais profundidade, pois de muita importância para a inteligência do contrato de factoring.

O contrato de Factoring, objeto no presente estudo, é um contrato que envolve o direito empresarial, mormente pelo fato de que as partes no contrato são necessariamente empresas e empresários, onde os contratantes são denominados faturizador, que é empresa que realiza a atividade financeira, comprando os créditos do faturizado, que é quem vende e pretende alavancar a sua empresa com o dinheiro. A principal característica é que os empresários contratantes sempre buscam obter lucro com a negociação.

¹³ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

¹⁴ Idem, p. 215-250.

1.2 Noções gerais sobre o contrato de Factoring

Um dos primeiros doutrinadores brasileiros a tratar do contrato de Factoring, Fábio Konder Comparato¹⁵, aduzindo que o Factoring baseia-se em um tríplice objeto, qual seja, "garantia - gestão de créditos - financiamento". Este último, sendo a essência do contrato, tendo em vista que é utilizado para a alavancagem de empresas.

Pois bem, destacado isso, o contrato de Factoring é conceituado por Arnaldo Rizzardo¹⁶ como:

Uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito e recebe como contraprestação o valor constante do título, do qual se desconta um valor correspondente à remuneração da transação.

Segundo Marcelo Negri Soares¹⁷, o conceito do contrato de factoring convencional é exposto da seguinte forma:

(...) o contrato de factoring é contrato de tratativa complexa, estabelecido de forma onerosa entre o faturizador e o faturizado, podendo configurar-se de modo singular ou decorrer de ajuste que requer uma pluralidade de atos, tais como, cessão creditícia de recebíveis futuros *pro soluto*, adiantamento de recursos a fornecedor de produto ou serviços; prestação de serviços administrativos ou de cogestão; controlo de valores a receber; serviços de cobrança; contabilidade; aquisição e entrega de matéria-prima e mercadorias, bem como tudo o que se inserir na modalidade de fomento mercantil.

Arnoldo Wald¹⁸, com um aprofundamento no que tange ao direito de regresso do faturizador contra o faturizado no caso de inadimplência do devedor do título, conceitua o contrato de Factoring como aquele que “consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso com o mesmo”.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Factoring*. *Revista de Direito Mercantil*, n. 6, 1972, p. 59-66.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

¹⁷ SOARES, Marcelo Negri Soares. *Contrato de factoring*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

¹⁸ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 2, p. 466.

Para Silvio Venosa¹⁹, que não menciona especificamente em seu conceito sobre a remuneração que o faturizador recebe, o contrato de Factoring consiste em:

Um negócio jurídico de duração por meio do qual uma das partes, a empresa de factoring (o faturizador ou factor), adquire créditos que a outra parte (o faturizado) tem com seus respectivos clientes, adiantando as importâncias e encarregando-se das cobranças, assumindo o risco de possível insolvência dos respectivos credores.

Maria Helena Diniz²⁰ já conceitua o contrato de Factoring como sendo “aquele em que um industrial ou comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos proveniente de suas vendas mercantil a terceiros, mediante o pagamento de uma remuneração”.

De acordo com Fran Martins²¹, em um conceito bastante didático preceitua:

O contrato de faturização ou factoring é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.

Orlando Gomes²² traz em seu conceito a denominação da remuneração do faturizador como sendo uma comissão que percebe pela transação, veja-se:

Factoring é o contrato por via do qual uma das partes cede à terceiro (o factor) créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo o cessionário o risco de não recebê-las contra o pagamento de determinada comissão a que o cedente se obriga.

Carlos Alberto Bittar²³ aduz que a faturização é “o ajuste por meio do qual um comerciante cede a outrem os créditos correspondentes às suas atividades, total ou parcialmente, recebendo em contrapartida, remuneração consistente em descontos sobre os respectivos valores, com juros respectivos”.

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 605.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico prático dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 57.

²¹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 469.

²² GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 468.

²³ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 117.

Nota-se que todos os autores acima citados trazem um conceito menos amplo para o contrato de factoring. Rogério Alessandre de Oliveira Castro²⁴ traz um conceito bastante elucidativo e aclarador para o contrato de Factoring, mormente quanto à finalidade, mas também traz um conceito um pouco divergente quanto ao fato de se ter um pequeno comerciante sendo o faturizado, o que nem sempre pode ser o caso, podendo ser utilizado por qualquer empresa de grande porte. Veja-se:

Factoring é uma simples forma de financiamento comercial, no qual um pequeno comerciante, que não consegue financiamento convencional, vende suas contas a receber (faturas), representadas por créditos devidos por seus clientes governamentais ou comerciantes e decorrentes da venda de suas mercadorias ou serviços, ao ‘factor’ ou companhia de ‘factoring’, mediante um desconto sobre o valor da face do título, como forma de não ter que esperar os 30-90 dias normais para que suas faturas sejam pagas. Em resumo, ‘factoring’ ajuda um pequeno comerciante a acelerar seu capital de giro, de forma a capacitar-se mais prontamente a pagar suas obrigações correntes e assim crescer.

Antônio Carlos Donini²⁵, em sua obra sobre o contrato de Factoring aduz que o conceito que foi estabelecido por muitos juristas brasileiros acabam por muitas vezes engessando a prática do fomento mercantil, pois adentram apenas no conceito de factoring convencional, trazendo assuntos como direito de regresso e conjugação ou cumulação de cessão de crédito e prestação de serviços.

Ponto interessante de se destacar é o formulado por Luiz Lemos Leite²⁶, presidente da ANFAC – Associação Nacional de Fomento Mercantil, onde destaca o que não é a atividade de Factoring, veja-se:

Se você pensa que factoring é empréstimo, desconto de duplicadas ou de cheques, adiantamento de recursos ou compra de duplicatas ou de faturamento, crédito pessoal ou crédito direto ao consumidor, captação de recursos em real ou em dólar, administração de consórcios de veículos ou outros bens, está muito enganado.

Para o referido doutrinador Luiz Lemos Leite²⁷, que trata do factoring como uma forma de alavancagem empresarial, o conceito de factoring é:

²⁴ CASTRO, Rogério Alessandre de Oliveira. *Factoring no Brasil e na Argentina – análise histórica, estrutural e funcional – estudo de direito comparado, Convenção de Otawa do Unidroit*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 161.

²⁵ DONINI, Antonio Carlos. *Manual do factoring*. São Paulo: Klarear, 2004. p. 3.

²⁶ LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 36.

A prestação continua de serviços de alavancagem mercadológica, de avaliação de fornecedores, clientes e sacados, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugados com a aquisição de crédito de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços realizadas a prazo.

Quanto à natureza jurídica e classificação do contrato de factoring, ainda hoje, é bastante discutida pelos doutrinadores brasileiros, pois não há legislação própria ou regulamentação sobre o tema. Trata-se de um contrato criado pelo mercado e em evolução permanente.

Sabe-se que, conforme expressa Venosa²⁸, a base do contrato de factoring é a aquisição de recursos financeiros por parte do faturizado, e que possui uma natureza jurídica peculiar.

Inicialmente destaca-se que a maior parte da doutrina^{29 30} entende que o factoring não tem natureza bancária, pois não se encaixa no artigo 17, caput, da Lei de Reforma Bancária, pois no factoring há o fornecimento de crédito com recursos próprios, enquanto as instituições bancárias fornecem crédito com recursos próprio e de terceiros. Veja o que diz o artigo citado:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Arnaldo Rizzardo³¹ salienta:

Não se consideram as empresas que atuam no Factoring instituições financeiras reguladas pelo Banco Central do Brasil. Nem são disciplinadas pela Lei 4.595 de 31.12.1964. Em verdade, o artigo 17 desta lei conceitua como bancos as pessoas jurídicas que visem ou tenham por finalidade básica a coleta, a intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros ou próprios. Já a finalidade que leva a constituir uma empresa de Factoring nunca será a coleta ou captação de recursos monetários e a intermediação – o que é característica dos bancos. Nesta ordem, não integram os escritórios de Factoring o

²⁷ LEITE, Luiz Lemos. op. cit., p. 30.

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 609.

²⁹ MARTINS, Fran. op. cit., p. 472.

³⁰ LEITE, Luiz Lemos. op., cit. p. 38.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. op., cit. p.28.

Sistema Financeiro Nacional. Verdade que a sua maior finalidade consiste na aplicação de recursos, mas de recursos próprios e não de terceiros. Não se lhes permite a captação de dinheiro, sob pena de passar a desempenhar uma atividade específica de bancos. Num dado período da prática do factoring, vingava o tratamento de instituição financeira, com algumas atividades semelhantes à dos bancos. Com isso, não raramente as empresas que atuavam no setor, especialmente a partir da década de 1980, dirigiam suas atividades em vários ramos, como no financiamento puro de bens móveis e na concessão de empréstimos pessoais. Não foi sem motivo que surgiu a Circular 703, de 16.06.1982, do Banco Central do Brasil, proibindo a própria atividade de Factoring. No entanto, a Circular 1.359 de 30.09.1988, revogou aquele, por ter sido considerado pelo judiciário (TRF), que o Banco Central do Brasil, havia extrapolado da sua competência que seria fiscalizadora e não criadora de quaisquer atividades sócio-econômicas.

Referendados autores, como Fran Martins³², Bulgarelli³³, Fábio Konder Comparato³⁴ aduzem que a natureza do contrato de factoring é a cessão de crédito a título oneroso.

Luiz Lemos Leite³⁵, aduz que a o factoring tem natureza jurídica é a cessão de crédito e também a prestação de serviços.

Rogério Alexandre de Oliveira Castro³⁶, além de afirmar que o contrato tem natureza de cessão de crédito, aduz ainda que a prestação de serviço é obrigatória.

Discordando do entendimento majoritário, Antonio Carlos Donini³⁷ diz que, embora possa existir, a prestação de serviços não é pressuposto do contrato de factoring.

Portanto, a maior parte da doutrina é uníssona em estabelecer que a natureza jurídica do contrato de factoring é a cessão de crédito e a prestação de serviços, sem acumulação.

Curioso ainda ressaltar sobre o que aduz Luiz Lemos Leite³⁸, tendo em vista a particularidade do contrato, “Factoring é factoring”.

³² MARTINS, Fran. op. cit., p. 425.

³³ BULGARELLI, Waldírio. op. cit., p. 545-546.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 64.

³⁵ LEITE, Luiz Lemos. op. cit., p. 4.

³⁶ CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. op. cit., p. 161.

³⁷ DONINI, Antônio Carlos. op. cit., p. 12-15.

³⁸ LEITE, Luiz Lemos. op. cit., p. 48.

Quanto à classificação, Waldírio Bulgarelli³⁹, sobre o contrato de factoring, dispôs que se trata de um contrato atípico, bilateral, consensual, oneroso, personalíssimo, interempresarial, comutativo e de execução continuada.

É atípico, pois não tem lei regulamentadora, destacando que Donini⁴⁰ ainda estabelece que além disso é misto, pois mescla formas contratuais como a cessão de crédito e a prestação de serviços.

A bilateralidade se dá pelo fato de tanto o faturizado quanto o faturizador terem obrigações no contrato. Rizzardo⁴¹ aduz que “o *factor* adquire os créditos e o cliente entrega ou transfere tais créditos. Há o compromisso de adquirir e pagar pelos créditos, de parte do factor, e de entregar e transferir, relativamente ao faturizado”.

A característica de consensual se dá pelo fato de ser necessária a declaração de vontade das partes para que tenha eficácia.

A onerosidade, como classificação do contrato, segundo Carlos Roberto Gonçalves⁴², se dá pelo fato de que “ambos os contraentes obtêm proveito, ao qual, porém, corresponde a um sacrifício. No factoring, o proveito do faturizador é remunerado por assumir o risco do negócio, e o faturizado adianta suas receitas, como forma de alavancar a atividade empresarial.

O contrato de factoring é personalíssimo, pois a presença de faturizador e faturizado é essencial. Antonio Carlos Donini⁴³ assevera que é essencial a pessoa do faturizado, pois o faturizador procura antes conhecer o faturizado no mercado, para consequentemente realizar o contrato.

A interempresarialidade do contrato de factoring é tratada por Waldírio Bulgarelli⁴⁴ de maneira muito elucidativa, destacando ser empresarial o contrato estabelecido entre uma empresa e um consumidor, mas meramente empresarial, e que o contrato firmado entre duas empresas, é o contrato interempresarial.

³⁹ BULGARELLI, Waldírio. op. cit., p. 546.

⁴⁰ DONINI, Antônio Carlos. op. cit., p. 89.

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 43.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais*. 5. ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71.

⁴³ DONINI, Antonio Carlos. op. cit., p. 130.

⁴⁴ BULGARELLI, Waldírio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 93.

É comutativo tendo em vista que gera benefício e obrigações aos pactuantes, e não há, vantagem para nenhuma das partes⁴⁵, sendo as prestações certas e determinadas desde a formação do contrato.

A classificação dos contratos como de execução continuada é tratada por Serpa Lopes⁴⁶ como os sendo aqueles realizados por prestações contínuas e sucessivas. O contrato de factoring permite que se tenham várias prestações continuadas, não se exaurindo num só momento.

Pois bem, destacada a natureza jurídica do contrato de factoring e sua classificação no ramo dos contratos, vejamos as modalidades de factoring.

O factoring, diante das constantes evoluções do mercado, também teve que evoluir. Diante disso foram surgindo novas modalidades de contrato de factoring além do convencional, com a finalidade sempre de atender ao melhor interesse dos contratantes.

A doutrina aponta quatro modalidades de factoring na atualidade que são aplicados no mercado brasileiro, o *conventional factoring*, *maturity factoring*, *trustee factoring* e *export factoring*. Vejamos cada um deles mais detalhadamente.

O *convencional factoring*, sendo a mais conhecida no Brasil, advém da própria essência do factoring. Segundo Donini⁴⁷, o factoring convencional é a forma mais utilizada das operações de factoring, pois tem a maior possibilidade de serviços prestados, como a “aquisição à vista dos créditos com renúncia ao direito de regresso, gestão de tais créditos, notificação da cessão ao devedor etc”.

Arnaldo Rizzardo⁴⁸, aduz que no *conventional factoring* “há uma particularidade que logo sobressai: os recursos são adiantados pela empresa faturizadora, ficando ela com os títulos”.

O *maturity factoring*, é uma modalidade diferente do *convencional factoring* no que tange ao momento de pagamento do título.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 44.

⁴⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil, vol. III: Fontes das obrigações: contratos*. 4. ed. rev e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 39.

⁴⁷ DONINI, Antônio Carlos. op. cit., p. 41.

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 48.

Venosa⁴⁹ destaca que nessa modalidade não há adiantamento de numerário, apenas a assunção do risco com a garantia do pagamento ao faturizado na data do vencimento, sendo ainda mantida a prestação de serviços quando encarrega-se da cobrança dos títulos do faturizado.

Outra modalidade de factoring é o *trustee*, palavra que significa confiança. Nessa modalidade, ainda pouco utilizada no Brasil, há uma relação de confiança entre a empresa de factoring e a faturizada. O faturizador administra as contas a receber da faturizada, fazendo uma parceria⁵⁰.

Antonio Carlos Donini⁵¹ orienta que “no trustee não ocorre a cessão de crédito, mas o faturizador poderá receber ad valorem dos títulos de crédito (duplicadas e cheques pós-datados) através de endosso-mandato e não por endosso translativo, como ocorre na cessão de crédito”.

A última modalidade, *export factoring*, é utilizada para operações de comércio internacional, combinadas com a factoring convencional. Luiz Lemos Leite⁵² ressalta que nessa modalidade são oferecidos vários serviços, “principalmente para os pequenos e médios industriais, que não tem condições de exportar”, servindo como alternativa e facilitador, pois dirimiza o risco da exportação convencional.

Nessa modalidade, conforme elucida Maria Helena Brito⁵³, são envolvidos quatro grupos de sujeitos. O exportador e o importador, que são quem realizam a compra e venda internacional. O *export-factor* e a *import-factor* que são as empresas de factoring dos países exportador e importador, respectivamente. Destaca a autora:

Esse sistema continua a mestre, “é de dois factors (o import-export factoring) tem por objetivo a cessão, por um exportador, a uma sociedade de factoring estabelecida no seu próprio país (export-factor) de créditos sobre devedores estabelecidos em outro país. O export-factor, porém, em vez de cobrar diretamente os créditos sobre devedores estabelecidos fora do seu país, contrata uma sociedade de factoring do país do devedor (import-factor) a cobrança desses créditos.

⁴⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 697-608.

⁵⁰ DONINI, Antonio Carlos. op. cit., p. 39-40.

⁵¹ DONINI, Antonio Carlos. *Factoring: regulação, funções desempenhadas, modalidades e o direito de regresso. Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 124, p. 734.

⁵² Idem.

⁵³ BRITO, Maria Helena. *O factoring internacional e a Convenção do UNIDROIT*. Lisboa: Cosmos, 1998. p. 24.

1.3 Contrato de Factoring e normatividade

Pode-se dizer que o factoring é uma criação do mercado, sendo que o próprio mercado regula a atividade. José Carlos Dias⁵⁴, aduz que o factoring é sistematizado por diversas normas.

Essa possibilidade de se aplicar ao factoring as normas que regulam outros institutos contratuais decorre do fato desses institutos manterem estrita semelhança com o factoring, conforme será visto no capítulo segundo.

O artigo 4º da Lei de Introdução do Direito Brasileiro orienta que “quanto a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Dessa forma, sendo o contrato de factoring, não regulamentado por lei específica, vale-se por algumas normas legais por analogia. A Lei da duplicata, a Lei Uniforme de Genebra que trata de letras de câmbio e notas promissórias são exemplos de leis que dão suporte normativo ao factoring, sempre levando em consideração que há peculiaridades aplicáveis ao factoring, como o direito de regresso, que será tratado adiante.

A garantia constitucional para que haja a possibilidade de criação de novos contratos no mercado, é dada pelo artigo 1º, IV⁵⁵, e artigo 170⁵⁶ da Constituição Federal, que dispõem sobre a livre iniciativa, ou seja, a possibilidade de exercício de atividade econômica sem cerceamento do Estado.

Sabe-se que no contrato de factoring tem-se a prestação de serviços, compra e venda, cessão de créditos, endosso, sendo que se aplicam também ao factoring todos os artigos do código civil relacionados aos institutos citados. Aplica-se ainda os artigos relativos aos vícios redibitórios, solidariedade passiva

A Lei n. 8.981/95, que alterou a legislação tributária e veio regulamentar a base de cálculo do imposto de renda, conceitua o factoring como sendo a “prestação cumulativa e

⁵⁴ GUILHERME, José Carlos Dias. *Factoring: teoria e prática*. 1. ed. São Paulo: Klarear, 2009, p. 89.

⁵⁵ Constituição Federal do Brasil, artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

⁵⁶ Constituição Federal do Brasil, artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

contínua de serviços de acessória creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)”.

Referida lei foi revogada pela Lei n. 9.249/95, que manteve o mesmo conceito, também utilizado na Lei n. 9.430/96.

No Congresso Nacional houve algumas tentativas de regulamentar a atividade de factoring, sendo que todos os mais de dez projetos foram arquivados.

O Projeto de Lei n. 3.194/97, já arquivado, tramitou na Câmara dos Deputados. Referido projeto dispunha em sua ementa, “Dispõe sobre as operações de desconto de duplicata nas instituições financeiras e sociedades de fomento mercantil (‘factoring’), e dá outras providências”.

O Projeto de Lei n. 230/95, também já arquivado, tramitou no Senado Federal, e continha em sua ementa, “Dispõe sobre as operações de fomento mercantil – factoring – e dá outras providências”.

O Projeto de Lei n. 13/2007, que tramita no Senado Federal, tem em sua ementa: “Dispõe sobre as operações de fomento mercantil – factoring, e dá outras providências”. Nota-se que tem a mesma redação do Projeto de Lei n. 230/95, mas também tem tramitação bastante lenta, não sendo possível concluir se referido projeto seguirá adiante.

No referido Projeto de Lei n. 13/2007, em seu texto do artigo 2º dispõe que “Contrato de fomento empresarial é aquele pelo qual uma parte transmite à outra, total ou parcialmente, a título oneroso, créditos decorrentes de suas atividades empresariais”.

Em 1982, com a criação da Associação Brasileira das Empresas de Fomento Mercantil, o Banco Central editou a Circular n. 703, com o seguinte teor:

Em face das disposições da Lei n. 4.595, de 31.12.64, em especial as contidas em seus arts. 2., 3., inciso V, 4., incisos VI e VII, 10, inciso V, 11, inciso VII, e 44, Parágrafo 7., o Banco Central do Brasil, ouvido o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada nesta data, decidiu tornar público os seguintes esclarecimentos:

I – As operações conhecidas por "factoring", "compra de faturamento" ou denominações semelhantes - em que, em geral, ocorrem a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas, decorrentes do faturamento da venda de seus

bens e serviços-apresentam, na maioria dos casos, características e particularidades próprias daquelas privativas de instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central.

II - Assim e até que a matéria seja regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, as pessoas físicas ou jurídicas não autorizadas que realizarem tais operações continuam passíveis, na forma prevista no Parágrafo 7. do art. 44 da Lei n. 4.595, de 31.12.64, das penas de multa pecuniária e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, ficando a estas sujeitos, quando pessoas jurídicas, seus administradores.

No entanto, o Tribunal Federal de Recursos deu decisão contrária ao disposto na referida circular, aduzindo que as empresas de fomento mercantil não são instituições financeiras⁵⁷.

Com isso o Banco Central revogou a Circular n. 703, pela Circular n. 1359, aduzindo que as atividades de factoring não se enquadravam como típicas de instituições financeiras.

Assim, no regramento infraconstitucional, pode-se destacar que são aplicáveis à espécie, as regras atinentes à prestação de serviços, compra e venda de créditos, cessão de créditos, vícios redibitórios, evicção, fiança, devedor solidário, aval, endosso, entre outros institutos contratuais.

⁵⁷ Brasil. Tribunal Federal de Recursos. Apelação em Mandado de Segurança nº 99.964-RS. Relator: Ministro Costa Lima. Publicação: 24 de dezembro de 1986.

2. O CONTRATO DE FACTORING E O DIREITO DE REGRESSO

No capítulo presente serão explanadas as semelhanças e diferenças do contrato de factoring com outros pactos contratuais de transferência de títulos, a fim de aclarar a finalidade do factoring e o direito de regresso que é o tema do presente trabalho. Assim, será tratada a visão doutrinária quanto à possibilidade ou não do direito de regresso do faturizador em relação ao faturizado, quando há a insolvência do devedor do título, e também ante a inexistência de crédito por vício na origem e formação do título.

2.1 Diferenças e semelhanças com outros pactos de transferência de títulos

O contrato de factoring, como já dito no tópico anterior, é um contrato atípico, criado pelo próprio mercado, e aperfeiçoado ao longo do tempo.

É um contrato bastante complexo, e apresenta características de vários outros negócios jurídicos, mormente quanto ao desconto bancário, a cessão de crédito e o endosso. Ainda, considera-se que no factoring, é utilizado tanto a cessão de crédito quanto o endosso para a transferência dos títulos faturizados, sendo estes mecanismos acessórios ao contrato de factoring. Veja o que diz Donini⁵⁸:

Sendo o factoring ligado ao crédito que se constitui em bem de caráter patrimonial suscetível de transferência, essa transferência se faz através da cessão de crédito, sendo o endosso utilizado como instrumento para a tradição dos títulos cambiais, objeto da cessão.

Mas mesmo sendo utilizados tais institutos no contrato de factoring, há distinção, sendo necessário tecê-las para se ter a exata noção de que o factoring é um instituto autônomo dos demais.

A cessão de crédito é um negócio jurídico em que há transferência de obrigações entre um credor de um direito e um terceiro, que após receber este direito, ocupa a posição de

⁵⁸ DONINI, Antônio Carlos. “*Factoring*”: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79-80.

credor. Esse negócio jurídico está previsto no Título II do Código Civil, que trata da transmissão das obrigações, mais precisamente nos artigos 286⁵⁹ e seguintes.

Caio Mário da Silva Pereira⁶⁰ aduz que “chama-se cessão de crédito o negócio jurídico em virtude do qual o credor transfere a outrem a sua qualidade creditória contra o devedor, recebendo o cessionário o direito respectivo, com todos os acessórios e todas as garantias”.

Orlando Gomes⁶¹ conceitua a cessão de crédito como um “negócio jurídico bilateral pelo qual o credor transfere a terceiro sua posição na relação obrigacional”

Ante a cessão de crédito ser um instrumento utilizado no contrato de factoring, há diferenças entre tais contratos. Rogério Alexandre de Oliveira Castro⁶² aponta como principais diferenças:

- a) a abrangência de cada figura contratual, pois a cessão de crédito não exaure o conteúdo do contrato de factoring, que é muito mais abrangente, envolvendo prestação de serviços variados, que ajudam o cliente faturizado a organizar sua contabilidade, a controlar seu fluxo de caixa, a acompanhar suas contas a receber e a pagar, a fazer o orçamento de custos, a buscar novos clientes, a melhorar o padrão de seus produtos, dentre outros;
- b) a cessão de crédito pode ser gratuita ou onerosa (Código Civil brasileiro, art. 295), enquanto o factoring sempre envolverá uma transferência de crédito a título oneroso;
- c) a cessão de crédito é um contrato de execução instantânea, enquanto o factoring é um contrato de trato sucessivo e de adesão.

Ainda, é preciso destacar que a principal distinção entre os contratos, é a possibilidade de responsabilizar o cedente pela solvência do devedor.

É uníssono na doutrina que tanto na cessão de crédito quanto no factoring, o cedente se responsabiliza pela existência do crédito, quando a cessão se dá a título oneroso, sendo tal entendimento sufragado pelo artigo 295 do Código Civil:

⁵⁹ Código Civil Brasileiro. Artigo 286: O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 227.

⁶¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 245.

⁶² CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. op. cit., p. 164.

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

Arnaldo Rizzardo⁶³ assevera, no que tange à existência do crédito:

A existência do crédito envolve vários aspectos: a veracidade do crédito; ausência de vícios ou nulidades no mesmo; a titularidade em receber a favor do cedente de modo que não pertença a terceiro, e não tenha já sido transferido; que não esteja submetido a condições suspensivas e até resolutivas; a abrangência dos acessórios além da obrigação principal, e assim das garantias (fiança, aval, hipoteca, penhor), dos juros e rendimentos, dos encargos e outros consectários.

Ocorre que há diferença de responsabilidade pela existência do crédito e responsabilidade pela solvência do devedor. Enquanto a existência do crédito pressupõe a regularidade do crédito, como exemplo a existência de lastro de uma duplicata, a solvência do devedor pressupõe apenas a vontade do devedor do título em pagar.

Na cessão de crédito, pelo que dispõe o artigo 296 do Código Civil, “salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”. Assim, é possível que haja previsão contratual que responsabiliza o cedente, mas a regra é que se não for estipulada tal cláusula contratual, não haverá a responsabilidade.

Tal artigo não pode ser aplicado ao contrato de factoring pois, conforme se verá adiante, a estipulação de tal cláusula desconfigura a própria essência do contrato.

Esse entendimento é abalizado por Arnaldo Wald⁶⁴, Arnaldo Rizzardo⁶⁵, Fran Martins⁶⁶, Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷, Maria Helena Diniz⁶⁸, dentre outros doutrinadores.

Quanto ao endosso, consiste em uma transferência do título à ordem, conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho⁶⁹.

⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. op. cit., p. 123.

⁶⁴ WALD, Arnaldo. *Regime legal das empresas de factoring*, v. 86, n. 740. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 145-160, jun, 1997.

⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁶ MARTINS, Fran. ob cit.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.

⁶⁹ COELHO, Fábio Olhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 406.

Rosa Junior⁷⁰ define o endosso como uma declaração de vontade, em que o portador do título, endossante, transmite a outra pessoa, endossatário, os direitos decorrentes de tal título, sendo responsável pelo pagamento, em regra.

O artigo 910 e seguintes do Código Civil trata do endosso de forma geral, sendo que é mais especificamente tratado por leis específicas, como a Lei Uniforme de Genebra (Decreto n. 57.663/1966), a Lei da Duplicada (Lei n. 5.474/1968), e o Decreto n. 2.044/1908, que normatiza as matérias letra de câmbio e nota promissória.

O endosso admite duas formas, que pode ser o endosso em branco e o endosso em preto.

No endosso em branco, o endossante não designa a quem a letra foi transferida, sendo apenas uma assinatura do endossante na letra de câmbio⁷¹.

Já no endosso em preto, o endossante, além de assinar a letra, ainda especifica a quem será o endossatário⁷². Esse é tipo de endosso utilizado nas operações de factoring, onde o endossatário é a empresa de factoring.

Nota-se que o endosso, conforme assevera Luiz Lemos Leite⁷³, é um instituto eficaz e operacionalmente mais prático, que contribui para fortalecer os negócios de factoring.

No fomento mercantil há ainda o endosso mandato, previsto no artigo 18 do Decreto 57.663/66, Lei Uniforme de Genebra:

Art. 18 - Quando o endosso contém a menção "valor a cobrar" (valeur en recouvrement), "para cobrança" (pour encaissement), "Por procuração" (par procuration), ou qualquer outra menção que implique um simples mandato, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas só pode endossá-la na qualidade de procurador. Os co-obrigados, neste caso, só podem invocar contra o portador as exceções que eram oponíveis ao endossante. O mandato que resulta de um endosso por procuração não se extingue por morte ou sobrevinda incapacidade legal do mandatário.

⁷⁰ ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 143.

⁷¹ MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito*. 15. ed. atualizada por Joaquim Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 106.

⁷² Idem.

⁷³ LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 274.

Ocorre que também no endosso, quando realizado de forma autônoma, fora da operação de factoring, há a diferença quanto à possibilidade de se responsabilizar o endossante ao pagamento do título.

Fran Martins⁷⁴, sobre a responsabilidade do endossante:

(...) essa garantia de pagamento assumida pelo comprador ao se tornar aceitante do título – ou seja, quando lança sua assinatura no mesmo, subscrevendo declaração de reconhecimento da duplicata – todas as pessoas que assinam a duplicata, seja o sacador ou aqueles outros a quem o título foi transferidos por endosso e que o transferiram a outras pessoas, todos eles respondem perante o portador, pelo pagamento da duplicata, em face de estar esse título amparado pelos preceitos do direito cambiário.

O artigo 15 da Lei Uniforme de Genebra estabelece que “o endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra.

Portanto, diferentemente do factoring, no endosso é possível haver a responsabilização do endossante caso o devedor não solva o título.

O desconto bancário é o contrato com mais semelhanças ao factoring, a ponto de se confundir os dois institutos. É uma atividade bancária, exclusiva de instituições financeiras, que opera com recursos próprios e de terceiros. Rogério Alexandre, é quem melhor destaca as diferenças e semelhanças entre as duas operações, sendo que também o desconto bancário tem por objetivo a alavancagem de empresas, mediante a antecipação de pagamento de títulos.

Dentre as principais diferenças entre os dois contratos, Rogério Alexandre⁷⁵ aduz que no desconto bancário os recursos utilizados podem ser tanto da instituição bancária quanto de terceiros, sendo que as empresas de factoring operam apenas com recursos próprios.

No factoring é possível estabelecer a prestação de serviços por parte da empresa de factoring, não sendo possível quanto ao desconto bancário. Ainda, no contrato de factoring é descontado um valor do título, chamado de deságio, enquanto no desconto bancário são cobrados juros como forma de remuneração da instituição bancária.

⁷⁴ MARTINS, Fran. op. cit., p. 106.

⁷⁵ CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. op. cit., p. 165.

A diferença mais marcante entre os dois contratos é a possibilidade de responsabilização do cedente pela solvência do título, sendo possível no desconto bancário e não no factoring. Advém dessa diferença o fato de que no factoring, é analisada a capacidade econômica do devedor do título, sendo no desconto bancário analisada a capacidade econômica do cedente do título, chamado de cliente decontário.

Assim, a principal diferença entre o desconto bancário e o factoring é a existência do direito de regresso. De acordo com Arnaldo Rizzardo⁷⁶, “a grande e fundamente diferença reside na inexistência do direito de regresso no factoring, enquanto consagra esta faculdade o desconto bancário”.

Entre as semelhanças, destacam-se, como já citado, a necessidade do cliente em antecipar o pagamento, para, sendo também uma empresa no caso do desconto bancário, fazer a alavancagem empresarial. Por fim, em ambos os contratos há a cobrança de uma remuneração por parte do cessionário do título.

2.2 Impossibilidade de regresso no contrato de factoring ante a insolvência do devedor

No item presente será tratada a visão doutrinária quanto à possibilidade ou não do direito de regresso do faturizador em relação ao faturizado, quando há a insolvência do devedor do título.

O direito de regresso é o direito de ser ressarcido de um dano causado por terceiro. A possibilidade ou não de regresso na relação entre faturizado e faturizador está diretamente ligada ao risco empresarial. Não existe norma jurídica que prevê o risco como elemento da atividade empresarial, sendo um conceito basicamente econômico.

Marlon Tomazette⁷⁷ assevera que o empresário, quem exerce a atividade empresarial, é caracterizado levando-se em conta a organização, profissionalidade, economicidade, assunção do risco e direcionamento ao mercado.

Conforme ver-se-á a seguir, a posição majoritária na doutrina aponta o risco empresarial como o fator preponderante para a impossibilidade do direito de regresso, onde o

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2008, v.1, p. 41-42.

faturizador assume o risco do negócio, tendo em vista que recebe o chamado factor na operação contratual do factoring.

Pois bem, no direito de regresso ante a insolvência do devedor, tem-se a posição majoritária quanto à impossibilidade desta, mas alguns doutrinadores apontam posição contrária, aduzindo sobre a possibilidade do direito de regresso.

A corrente minoritária, ao tratar do direito de regresso da empresa de factoring em face da faturizada, tendo em vista a insolvência do devedor, destaca dois motivos principais, a saber, a falta de legislação específica a tratar do tema, e o enriquecimento ilícito da faturizada caso a empresa de factoring não receba o título.

Maria Helena Diniz⁷⁸ destaca:

O contrato de factoring pode ser pro soluto ou pro solvendo; neste último a responsabilidade é subsidiária, estabelecida entre a empresa-cliente (vendedora) e o seu cliente (comprador sacador-devedor). Se o fomento mercantil é uma venda e compra de créditos mercantis, nada impede que a empresa cliente responda pela solvência do devedor, desde que haja cláusula contratual nesse sentido, mas o endossatário tem direito de regresso. Nada há que proíba o exercício do direito regressivo, que invalide o lícitude da cláusula de garantia de solvência do devedor (sacado) ou de opção de compra nas operações de fomento mercantil.

Jorge Luis Costa Beber⁷⁹, sobre a legalidade do direito de regresso no contrato de factoring aduz:

... não soa desarrazoado afirmar que em se tratando de contrato de fomento mercantil inexistente qualquer ilegalidade na estipulação por parte do faturizado da sua responsabilidade subsidiária na hipótese de inadimplemento por parte dos sacados dos títulos cedidos para empresa de 'factoring'. Tal estipulação não é vedada por lei, não atenta contra a ordem pública e atende aos interesses do próprio faturizado, que negociará com o factor um fator de compra (deságio) que melhor atenda aos seus interesses.

Luiz Rodrigo Lemmi⁸⁰, aduz que em diversos ordenamentos jurídicos, como por exemplo na Itália, é admitida a celebração da cláusula de regresso, com a responsabilização do faturizado ante a insolvência do devedor.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3. p. 696.

⁷⁹ BEBER, Jorge Luis Costa. *Contrato de factoring: legalidade da cláusula de regresso*. *Revista de Fomento Mercantil*, março 2005, p. 54.

Waldírio Bulgarelli⁸¹ sustenta que:

Contudo, o endosso do título ao factor não será meramente um endosso mandato, mas pleno, transferindo-se a propriedade do título; entretanto, como é normal em nosso meio, o endossante ficará como garante tanto do aceite como do pagamento, respondendo quer pela veracidade do título (garantia veritas), quer pela realização (garantia onitas); enfim, ficando o factor com direito de regresso.

Antonio Carlos Donini⁸² mantém posição acerca do direito de regresso quando há estipulação de cláusula contratual, mas aduz não ser pelo fato de não haver lei proibitiva, pelo contrário, segundo o autor, na interpretação das normas aplicáveis ao factoring, é possível verificar a possibilidade do direito de regresso, bastando verificar na norma, “as finalidades, alcance, incidência e seus fundamentos”.

É possível perceber certa controvérsia do autor, pois no conceito trazido em outra obra sobre factoring⁸³, assevera que o factoring é a “aquisição à vista dos créditos com renúncia ao direito de regresso, gestão de tais créditos, notificação da cessão ao devedor etc”,

Luiz Lemos Leite⁸⁴, adotando entendimento misto, corrobora com a possibilidade de se estipular cláusula com o direito de regresso:

A regra do Código Civil é que o cedente não responde em caso de inadimplemento do sacado. Entretanto, desde que estipulado no contrato de fomento mercantil, a empresa contratante (vendedora cedente) responde pela solvência do devedor (salvo estipulação em contrário), ou seja, o factoring será autorizado pelo Código Civil e pelo contrato a cobrar judicialmente o emitente do título.

Pois bem, visto que parte dos doutrinadores brasileiros admitem a hipótese de celebração de cláusula de regresso no contrato de factoring, o que se tem por majoritário na doutrina é a impossibilidade do direito de regresso ante a insolvência do devedor.

Há no Brasil uma grande desvirtuação do contrato de factoring, mormente quanto à exigência de cláusulas e garantias para que o crédito seja solvido pelo faturizado em caso do

⁸⁰ LEMMI, Luiz Rodrigo. *Atividade Financeira e Factoring no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁸¹ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 501-502.

⁸² DONINI, Antonio Carlos. *Factoring: de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102.

⁸³ DONINI, Antonio Carlos. *Manual do factoring*. São Paulo: Klarear, 2004, p. 41.

⁸⁴ LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 217.

devedor do título não saldar a dívida. É o chamado direito de regresso do faturizador em face do faturizado.

Essa desvirtuação pode se dar pela inexistência de regulação do contrato. Marcelo Negri Soares⁸⁵ discorre sobre a não regulamentação, narrando que nem mesmo pode ser aplicado os artigos 296 e 297 do Código Civil, tendo em vista que no contrato de factoring não há cessão de título de crédito entre particulares, mas a alienação de títulos a receber.

O entendimento majoritário na doutrina sobre desvirtuação do contrato, mormente quanto ao direito de regresso, é no sentido de que não pode ser aceita tal conduta, pois a responsabilidade é do faturizador em caso de inadimplemento do devedor, sendo tal responsabilidade inerente ao contrato, sendo que essa transferência ou alienação do crédito é pro soluto, ou seja, o cedente ou alienante não responde pela solvência do devedor.

Arnaldo Rizzardo⁸⁶ assevera que é inadmissível o direito de regresso, aduzindo que:

Remunera-se pelo risco que corre ante a possibilidade do não recebimento e remunera-se para compensar o adiantamento das importâncias pagas. Compreende-se, assim, porque há maiores custos que nos contratos bancários. Um dos destaques de maior relevância é a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido. Não recai nele qualquer obrigação de reembolsar, pelo valor recebido, o título que transferiu.

Fran Martins⁸⁷ corrobora com o entendimento da impossibilidade do direito de regresso, sendo uma característica essencial ao contrato de factoring, que é uma operação de risco e não um operação bancária.

Fábio Ulhoa Coelho⁸⁸ também considera a impossibilidade do direito de regresso:

O contrato bancário assemelhado ao fomento mercantil é, sem dúvida, o desconto. A principal diferença está no direito de regresso, na hipótese de inadimplemento pelo terceiro devedor, que não existe na faturização, mas está presente no desconto. De fato, enquanto a faturizadora garante o recebimento do valor faturizado, mesmo que inadimplente ou insolvente o devedor, o banco descontador não fornece essa garantia. Se no vencimento, o devedor (consumidor ou adquirente) não realiza o pagamento, o banco

⁸⁵ SOARES, Marcelo Negri Soares. *Contrato de factoring*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p. 43.

⁸⁷ MARTINS, Fran. op. cit., p. 474-475.

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

pode cobrar o devido, em regresso, do cliente descontário, mas a faturizadora não tem nenhum direito contra o faturizado.

Para Arnoldo Wald⁸⁹:

O contrato de factoring, ou de faturização, consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de factoring, ou seja, o factor assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos.

No conceito de factoring proposto por Orlando Gomes⁹⁰, o cessionário, que é a empresa de factoring, assume o risco de não receber o valor do título, tendo em vista que é paga a comissão pelo cedente.

Rogério Alexandre de Oliveira Castro⁹¹ comunga com a doutrina majoritária pela impossibilidade do regresso, sustentando que há uma assunção do risco por parte da empresa de factoring, mas não apenas pelo preço do negócio, mas também pelo fato de na operação de factoring haver a prestação de serviços, sendo a empresa de factoring parceira na gestão do negócio da cliente.

Marcelo Negri Soares⁹², com entendimento mais conservador em relação ao direito de regresso até mesmo quanto à inexistência do crédito, estabelece:

À empresa de factoring não é dado escudar-se em desconhecimento da realização dos requisitos de formação do título de crédito, pois está obrigada a efetuar a seleção dos créditos, verificando inclusive sua procedência e aceite. Nesse sentido é que se diz que a responsabilidade pela legitimidade a existência do crédito será sempre da empresa de factoring, pois ela não terá ação regressiva contra a faturizada, pois, em condições de normalidade, a relação faturizadora-faturizada se exaure com a transferência física dos títulos de crédito e a contraprestação do pagamento. A faturizadora deve zelar pelos créditos que adquire, caracterizando, para falar o mínimo, total ingenuidade e falta de profissionalismo a aquisição de títulos de crédito em desconhecimento de sua situação básica, incluindo aí a idoneidade do devedor e a pré-formação do título de crédito com a entrega da mercadoria livre de qualquer exceção.

⁸⁹ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 2, p. 466.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 468.

⁹¹ CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. op. cit., p. 145.

⁹² SOARES, Marcelo Negri. *Contrato de factoring*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208-210.

É de se destacar ainda que o faturizador tem a opção de escolha dos títulos, podendo se negar a receber um título se souber da procedência do devedor. Isso seria mais uma das razões que faz o faturizador assumir o risco do negócio. Nesse sentido corrobora Fran Martins⁹³:

Essa subordinação das contas à seleção do faturizador tem em vista evitar que apenas contas más, de difícil recebimento, sejam oferecidas ao faturizador. Assumindo essa responsabilidade pelo recebimento das contas, correndo, assim, o risco de perder o seu capital se tais contas não forem pagas, é plausível que participe da escolha dos clientes cujas contas honrará.

Dessa forma, temos que no Brasil, ainda com entendimentos contrários, prevalece a posição de que no contrato de factoring, não é possível exigir garantias de modo a possibilitar o regresso contra o faturizado em caso de insolvência do devedor do título, pois afetaria a essência do contrato, tendo em vista que a empresa faturizadora, no momento em que cobra o valor denominado *factor*, assume o risco da atividade empresarial.

2.3 Possibilidade de regresso ante a inexistência de crédito

Conforme destacado no item anterior, segundo a maioria da doutrina, a insolvência do devedor não gera a pretensão do faturizador a um regresso contra o faturizado. No item presente será tratada a visão doutrinária quanto à possibilidade ou não do direito de regresso do faturizador em relação ao faturizado, quando há a inexistência de crédito.

O direito de regresso ante a inexistência de crédito por vício no título é identificado como inserto no campo da responsabilidade civil, pois neste caso é a empresa faturizada a causadora do prejuízo ao faturizador, sendo que a denominação direito de regresso da faturizadora contra a faturizada é melhor colocada quando há a inadimplemento do devedor do título.

Como regra geral, a normatividade da responsabilidade civil está insculpida nos artigos 186⁹⁴, 187⁹⁵ e 927⁹⁶, ambos do Código Civil, estabelecendo que o causador de um dano a outra pessoa tem a obrigação de repará-lo.

⁹³ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 481.

⁹⁴ Código Civil Brasileiro, artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No Código Civil Brasileiro pode-se identificar no artigo 296, que trata da cessão de crédito, a possibilidade do cessionário voltar-se contra o cedente, se houver estipulação em contrário no contrato estabelecido entre as partes, senão vejamos:

Artigo 296 – Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Pois bem, a possibilidade do direito de responsabilização do faturizado no contrato de factoring quando se trata da inexistência de crédito é uníssona na doutrina, tendo em vista a estipulação prevista no Código Civil. O artigo 295 do Código Civil estabelece:

Artigo 295 – Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má fé.

O Código Civil, em seu artigo 441, também traz um parâmetro para o direito de responsabilização do faturizado nas situações em que há vício do título, prevendo que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminua o valor”.

Mário Luiz Delgado Régis⁹⁷, analisando o artigo 295 do Código Civil situa sobre a existência de crédito:

Nas cessões onerosas, o cedente sempre será responsável pela existência do crédito, mesmo na ausência de convenção a esse respeito (garantia de direito). Importante ressaltar que não se trata apenas de existência material do crédito, mas a existência em condições de permitir ao adquirente desse crédito o exercício dos direitos de credor. Vale dizer, a viabilidade do exercício da cessão.

Orlando Gomes⁹⁸ aduz que “a inidoneidade do objeto determina a nulidade da cessão se a proibição resulta da lei ou da natureza do crédito.

Arnaldo Rizzardo⁹⁹ assevera, no que tange à existência do crédito:

⁹⁵ Código Civil Brasileiro, artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁹⁶ Código Civil Brasileiro, artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁹⁷ FIUZA, Ricardo (Coord.); RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277.

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 241.

A existência do crédito envolve vários aspectos: a veracidade do crédito; ausência de vícios ou nulidades no mesmo; a titularidade em receber a favor do cedente de modo que não pertença a terceiro, e não tenha já sido transferido; que não esteja submetido a condições suspensivas e até resolutivas; a abrangência dos acessórios além da obrigação principal, e assim das garantias (fiança, aval, hipoteca, penhor), dos juros e rendimentos, dos encargos e outros consectários.

Ainda segundo Arnaldo Rizzardo¹⁰⁰, há a possibilidade o faturizador voltar-se contra o faturizado desde que o crédito seja inexistente quando da transferência do título. Para o referido autor, “é reconhecido o direito de regresso se o título ou o crédito apresentar vício ou nulidade em sua causa ou origem”.

Para Marlon Tomazette¹⁰¹, o cedente é responsável pela existência do crédito, ou seja, sua existência e exigibilidade, tais como a falsificação, antecipação, prorrogação, dedução ou compensação de valores em relação ao título, vício ou evicção fazem com que o cedente se responsabilize pelo pagamento.

Caio Mário Pereira da Silva¹⁰² sobre a responsabilidade do faturizado pela existência do crédito aduz que se a dívida não existe, traz lesão ao cessionário, e por isso terá negociado o título sem causa, o que faz com que o cedente se responsabilize, tendo em vista que tal fato traz o enriquecimento sem causa deste.

Silvio Venosa¹⁰³ corrobora acerca da responsabilidade do cedente ante a inexistência do crédito nas cessões a título oneroso:

Lembre-se que na cessão de crédito a título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário, pela existência do crédito, no momento da cessão, de acordo com o art. 295 do Código Civil. Essa obrigação persiste na operação de factoring.

Antônio Carlos Donini¹⁰⁴, expressa ante a possibilidade de responsabilização do faturizado em caso de inexistência do crédito, como por exemplo, no caso de títulos que não possuem lastro, chamados de títulos frios. Para ele, nesse caso há a o direito de pactuar-se

⁹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 123.

¹⁰⁰ Idem, p. 130-131.

¹⁰¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 2.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 362-363.

¹⁰³ VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 611.

¹⁰⁴ DONINI, Antônio Carlos. “*Factoring*”: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 102

cláusula de responsabilização do cedente do título no factoring, diferentemente de pactuar sobre a insolvência do devedor.

Fran Martins¹⁰⁵ discorre sobre a possibilidade de regresso ante a inexistência de crédito:

O faturizado faz ao faturizador uma cessão de créditos, a título oneroso, trazendo esse ato todas as suas conseqüências: notificação ao comprador da cessão, para que ele pague o seu débito ao faturizador; direito de agir do faturizador em nome próprio na cobrança de dívidas etc... pela cessão de crédito, o cedente se responsabiliza pela existência da dívida no momento da cessão; como o faturizador, com a cessão, assume o risco sobre o recebimento, certamente só terá direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida estiver eivada de vício que a invalide, como por exemplo, se não se referir a uma venda efetiva.

Waldírio Bulgarelli¹⁰⁶ corroborando com idéia de inexistência de crédito, aduz que a empresa faturizadora poderá voltar-se contra a faturizada se o devedor recusar a solver o título com base nas causas previstas no artigo 8º da Lei n. 5.474/68, sendo as seguintes:

Art. 8º O comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de:
I - avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;
II - vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;
III - divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Arnoldo Wald¹⁰⁷ ainda sustenta que não pode ter havido pagamento ou compensação do crédito, pois a responsabilidade não é apenas pela existência do crédito, mas abrange o fato do cedente ser o titular do crédito.

Destaca-se ainda que o Código Penal, com redação dada pela Lei n. 8.137/1990 prevêem como crime a prática de emissão de título sem a existência do crédito, veja-se:

Código Penal, artigo 172: Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pois bem, de fato é posição majoritária quanto à possibilidade do direito de regresso nos contratos de factoring, quando há a inexistência do crédito, vício na origem e formação do título.

¹⁰⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 469.

¹⁰⁶ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 501-502

¹⁰⁷ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18. ed. reformulada com a colaboração dos professores Semy Glanz, Ana Elizabeth L. W. Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani – São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 197.

3 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DIREITO DE REGRESSO NO CONTRATO DE FACTORING

No presente capítulo será apresentado o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade do direito de regresso no contrato de factoring. Serão apresentados tanto o entendimento favorável quanto contrário ao direito de regresso, com a conclusão sobre qual entendimento prevalece nos tribunais pátrios.

3.1 Jurisprudência desfavorável ao direito de regresso

Visto a posição favorável ao direito de regresso no contrato de factoring, passamos a expor o entendimento jurisprudencial desfavorável ao direito de regresso no contrato de factoring.

Destaca-se que, conforme já visto no item anterior, a jurisprudência é uníssona quanto à possibilidade de regresso quando há a inexistência de crédito.

Quanto à insolvência do devedor do título, há o entendimento de que o contrato de factoring é um contrato de risco, devendo esse risco ser assumido pela empresa faturizadora, que recebe por isso, tendo em vista o deságio do valor do título, denominado fator, no momento da transação comercial entre as partes.

Pois bem, vejamos as decisões dos tribunais pátrios.

DIREITO CIVIL. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. JUIZ DESTINATÁRIO DA PROVA. ART. 130 CPC. INAPLICABILIDADE DO CDC. CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL. CESSÃO DE CRÉDITOS. (ARTS. 286 E 298 DO CC/2002). NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA AO CONTRATO. PERDA DA AUTONOMIA, ABSTRAÇÃO E FORÇA EXECUTIVA. DIREITO DE REGRESSO. VEDAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. EXTINÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE. CAUSA DEBENDI. 1. (...). 2. (...). 3. O contrato de fomento mercantil ou factoring cuida-se, a toda evidência, de cessão onerosa de créditos e não possui disciplina legal própria, devendo, desta forma, reger-se pelas normas do direito civil e não pelo direito cambial (arts. 286 a 298 do Código Civil/2002). **4. No contrato de fomento mercantil, em razão do risco do negócio, a emissão de nota promissória com a finalidade de garantir negócio jurídico é impertinente e inválida, o que importa em duplicidade de garantia caracterizando direito de**

regresso, o que somente é permitido, com relação aos títulos cuja origem é viciada, pois o faturizado responde pela existência do crédito cedido, mas não pela solvência do emitente. Precedentes. STJ. 5. A nota promissória uma vez vinculada ao contrato perde sua autonomia e abstração e, assim, não se reveste de força executiva, devendo-se discutir a causa debendi em via adequada, por meio de ação de conhecimento (REsp. 26171/92 PR). 6. (...). 7. (...). 8. Embargos do devedor parcialmente acolhidos. Sentença reformada para extinguir a execução, invertendo-se o ônus da sucumbência¹⁰⁸. (sem grifos no original)

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no mesmo sentido, destaca sobre a impossibilidade de se ter o direito de regresso:

APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – DUPLICATAS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. Fomento Mercantil – Regresso contra o faturizado – Inadmissibilidade – Faturizado que responde unicamente pela eventual inexistência dos títulos adquiridos pelo faturizador – Inadimplemento que se insere no risco da atividade do faturizado, que adquire títulos com deságio. **SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO**¹⁰⁹.

Destaca-se que no voto do Relator foi citado o doutrinador Marcelo Negri Soares, aduzindo que “o contrato de factoring (fomento mercantil), quando envolve compra e venda de títulos de crédito, não poderá absorver cláusula de repasse do risco ao faturizado, seja de forma explícita e ostensiva ou oculta, como no pacto que estabelece ou resulta do direito de regresso”¹¹⁰.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão bastante elucidativo sobre o contrato de factoring, expôs sobre a impossibilidade do direito de regresso:

Embargos à execução. Contrato de fomento mercantil (factoring). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o contrato de factoring é, por muitos, considerado um contrato atípico e se caracteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos

¹⁰⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Apelação Cível n. 20110710006550, Relator Desembargador Sebastião Coelho, 5ª Turma Cível, Publicado no DJE em 10/10/2013.

¹⁰⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0015491-75.2009.8.26.0020, Relator Desembargador Sérgio Gomes, 37ª Câmara de Direito Privado, DJe 20.06.2013.

¹¹⁰ SOARES, Marcelo Negri. *Contrato de factoring*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122-123.

títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de regresso nos contratos de factoring, sendo da essência do contrato a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impontualidade e da insolvência do devedor (sacado). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória sob que se funda a execução teve sua origem em um contrato de factoring celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme cláusula 3.4.2 do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento¹¹¹.

No acórdão, o relator colacionou doutrina de Arnaldo Rizzardo¹¹², onde destaca que o faturizador não pode reclamar se não recebe o crédito adquirido, desde que não seja hipótese de inexistência do crédito. No mesmo sentido:

FACTORING. NOTA PROMISSÓRIA. CONFISSÃO DE DÍVIDA. GARANTIA. ILEGALIDADE. 1- O Contrato de Factoring caracteriza-se pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. 2- Nesta modalidade contratual, o faturizador compra, a preço de comissão, os títulos provenientes de vendas mercantis, assumindo o risco pela eventual iliquidez dos mesmos. 3- Neste contexto, salvo nas estritas hipóteses de ilegalidade dos títulos cedidos, são vedadas as garantias de regresso. 4- Desta forma, a emissão de nota promissória por força de instrumento de confissão de dívida, na verdade, disfarça garantia de regresso, o que não se admite, impondo-se, o acolhimento dos embargos à execução¹¹³.

O Superior Tribunal de Justiça, instância de grau superior a tratar do assunto, tem entendimento majoritário acerca da impossibilidade do direito de regresso no contrato de factoring. A principal fundamentação é quanto ao risco do negócio assumido pelo faturizador. Veja-se:

DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLUTO. ARTS. 295 E 296 DO CÓDIGO CIVIL. GARANTIA DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO CEDIDO. DIREITO DE REGRESSO DA FACTORING RECONHECIDO. 1. **Em regra, a empresa de factoring não tem direito de regresso contra a faturizada - com base no inadimplemento dos títulos transferidos -, haja vista que esse risco é da essência do contrato de factoring. Essa impossibilidade de regresso decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela empresa de factoring.** 2. (...). 3. (...). 4. Recurso especial provido¹¹⁴. (sem grifo no original)

¹¹¹ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2009.001.69782, Relator Desembargador Mario Assis Gonçalves, DJe 14.04.2010.

¹¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. Editora Revista dos Tribunais. 3. ed, 2004, p. 130-131.

¹¹³ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 2007.001.12568. Rel. Milton Fernandes de Souza. Julgamento: 27.03.2007.

¹¹⁴ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.289.995/PE, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.06.2014.

No voto do Eminentíssimo Ministro Relator consubstanciou-se principalmente a diferença entre o contrato de factoring e o desconto bancário, sendo que neste é possível o direito do banco ao regresso caso o devedor não pague o título na data avençada.

COMERCIAL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA E CONTRATO DE FACTORING. INADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE DA MERCADORIA. RECOMPRA. RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA. QUESTÃO FÁTICA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. 1. O risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de factoring, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos (precedentes), hipótese que, segundo a recorrente, estaria prevista em cláusula contratual. 2. (...). 3. Recurso especial desprovido¹¹⁵.

PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FACTORING. RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA PELO SIMPLES INADIMPLEMENTO DO TÍTULO. INEXISTÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE RECOMPRA INVÁLIDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. Na linha dos precedentes desta Corte, a empresa faturizada não responde pelo simples inadimplemento dos títulos cedidos, salvo se der causa à inadimplência do devedor. Assim, deve ser declarada nula a cláusula de recompra, tendo em vista que a estipulação contratual nesse sentido retira da empresa de factoring o risco inerente aos contratos dessa natureza. 2. (...). 3. Agravo regimental provido em parte.¹¹⁶

De se destacar neste último acórdão, sobre a declaração expressa de nulidade de cláusula de recompra do título em caso de inadimplemento do devedor do título, mais uma vez destacando sobre a principal característica do contrato de factoring, que é o risco assumido pela faturizadora. Ainda, cumpre vergastar sobre a característica eminentemente empresarial do contrato, mais uma das razões para a assunção do risco por parte da faturizadora.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DUPLICATA. NULIDADE. CAUSA DEBENDI. AUSÊNCIA. ENDOSSO. SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL. AGRAVO REGIMENTAL

¹¹⁵ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.163.201/PE, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 24.03.2015.

¹¹⁶ Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.361.311/MG, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 01.12.2014.

NÃO PROVIDO. 1. "A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título." (REsp 469051/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003 p. 308, LEXSTJ vol. 167 p. 85, RSTJ vol. 184 p. 376) 2. "Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes." (REsp 992421/RS, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008) 3. Agravo regimental não provido.¹¹⁷

Confira-se demais julgados corroborando com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FACTORING. DIREITO DE REGRESSO. CLÁUSULA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante jurisprudência desta Corte, o risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de factoring, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos. 2. Agravo regimental a que nega provimento.¹¹⁸

COMERCIAL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. FAC-SÍMILE. TEMPESTIVIDADE. FACTORING. DIREITO DE REGRESSO. CLÁUSULA CONTRATUAL. NULIDADE. 1. (...). 2. O risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de factoring, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos. 3. Recurso especial não provido.¹¹⁹

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FOMENTO MERCANTIL - FACTORING. RESPONSABILIDADE DO CEDENTE. 1.- Na linha dos últimos precedentes desta Corte o faturizado não pode ser demandado regressivamente pelo pagamento da dívida. 2.- Agravo Regimental a que se nega provimento.¹²⁰

¹¹⁷ Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo n. 1.115.325/RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 09.09.2011.

¹¹⁸ Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 424.925/SP, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 29.10.2014.

¹¹⁹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 949.360/RN, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 19.03.2014.

¹²⁰ Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.305.454/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 04.09.2012.

Por fim, e não menos importante, confira-se julgado do Eminentíssimo Ministro Waldemar Zveiter, datado de 1998, onde o entendimento já era sobre a impossibilidade do direito de regresso:

COMERCIAL - "FACTORING" - ATIVIDADE NÃO ABRANGIDA PELO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - INAPLICABILIDADE DOS JUROS PERMITIDOS AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. I - O "factoring" distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros permitidos as instituições financeiras. E que as empresas que operam com o "factoring" não se incluem no âmbito do sistema financeiro nacional. II - (...) III - Recurso não conhecido.¹²¹ (sem grifos no original)

Dessa forma, tem-se que ainda há divergência na doutrina e jurisprudência quanto ao tema direito de regresso no contrato de factoring, mormente quando há a insolvência do devedor, sendo que a posição majoritária é sobre a impossibilidade.

Assim, não pode o faturizado ser onerado excessivamente no contrato, sob pena de descaracterização do contrato, tendo em vista o fato do contrato de factoring ser um contrato de risco, assumido pelo faturizador, que cobra por esse risco o chamado fator ou deságio do título.

3.2 Jurisprudência favorável ao direito de regresso

Conforme demonstrado no capítulo anterior, no Brasil há certa divergência doutrinária quanto ao tema direito de regresso no contrato de factoring quando há a insolvência do devedor.

A jurisprudência dos tribunais pátrios também é divergente quanto ao tema, mas, assim como a doutrina, a posição majoritária é sobre a impossibilidade do direito de regresso nos contratos de factoring.

Ponto importante de se destacar é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são assentes na possibilidade de regresso quando a discussão é sobre a existência do crédito, fato

¹²¹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 119.705/RS, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 29.06.1998, p. 161.

imputado ao cedente dos títulos. Veja-se o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça-STJ, do ano de 1996.

Frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por fôca de contrato de “factoring”, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento¹²².

No voto do Ministro Relator Eduardo Ribeiro, destaca-se que no caso de fato imputável ao cedente, ou seja, a existência do crédito, não se trata de risco do negócio do factoring, como a insolvência do devedor, motivo pelo qual há o direito de regresso por parte da empresa de factoring ao faturizado.

Em acórdão mais recente sobre o tema, esse mesmo entendimento foi exposto, destacando tratar-se da necessidade do cedente do título compor o pólo passivo da demanda, tendo em vista que inicialmente a empresa de factoring demandou apenas contra o devedor do título, vindo este a alegar a existência de litisconsórcio necessário, ante a inexistência de crédito, razão imputada ao faturizado cedente. Veja-se a ementa:

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO. TRANSFERÊNCIA DE CÉDULA DE PRODUTO RURAL - CPR. EXCEÇÕES PESSOAIS. EXISTÊNCIA DO CRÉDITO. DIREITO DE REGRESSO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. OCORRÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: 10 DA Lei Nº 8.929/94; 290, 294, 295 E 296 DO CC/02; E 47 DO CPC. 1. (...). 2. Discute-se a necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre o beneficiário e o credor originário da obrigação, em ações que se discute a existência de crédito cambial cedido, à luz de exceções pessoais. 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. (...). 7. **Todavia, tratando-se de discussão acerca da existência do crédito, é possível a responsabilização do cedente nos termos do art. 295 do CC/02, razão pela qual deverá o cedente compor o pólo passivo da demanda, nos termos do art. 47 do CPC.** 8. Negado provimento ao recurso especial¹²³. (sem grifo no original)

¹²² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 43.914/RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, Publicado em 04/03/1996.

¹²³ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.167.120/RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 18/11/2013.

Pois bem, há entendimento jurisprudencial pacífico quanto à possibilidade do direito de regresso ante a inexistência de crédito, sendo necessário expor sobre a jurisprudência favorável ao direito de regresso quando há a insolvência do devedor.

Os Tribunais pátrios que aderem a essa possibilidade fundamentam-na no fato de não haver lei proibitiva, além do fato de poder ocorrer o locupletamento do cedente.

Confiram os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO. - Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).¹²⁴

No presente acórdão, o eminente Ministro Relator assevera não poder ser o factoring um contrato de risco, não havendo se falar em impossibilidade de garantias do faturizador ao recebimento do título frente ao faturizado. Prossegue o Ministro aduzindo o fato de não haver lei que imputa o risco ao faturizado, motivo pelo qual pode o faturizado responder em caso de insolvência do devedor do título.

Mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento de apelação cível¹²⁵, aduzindo que mesmo com o risco inerente ao contrato, não há imposição legal que impossibilite o direito do faturizador cobrar o faturizado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de apelação cível¹²⁶ ainda asseverou sobre a possibilidade de se ter garantias quanto a um não pagamento do título por parte do devedor. No voto o relator aduziu não ser “justo que alguém, embora assuma riscos, não se possa acautelar contra os mesmo”.

Quanto ao enriquecimento ilícito do cedente faturizado, confira-se o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios quanto ao tema:

¹²⁴ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 820.672/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJe 01/04/2008.

¹²⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível n. 0215408-97.2007.8.26.0100/SP, Capital, Relator Desembargador Campos Mello, 22ª Câmara de Direito Privado, DJe 14.03.2013.

¹²⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível n. 0045716-04.2010.8.26.0001/SP, Capital, Relator Desembargador Ademir Benedito, 21ª Câmara de Direito Privado DJe 25.02.2013.

EMBARGOS EXECUÇÃO,- CESSÃO DE CRÉDITO - FACTORING – RESPONSABILIDADE DO FATURIZADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. 1 (...). 2. O factoring, faturização ou fomento mercantil, ainda não se encontra regularizado especificamente entre nós, é um contrato atípico pelo qual uma das partes cede a outra um crédito, responsabilizando-se o faturizado pela existência do crédito e pelo seu pagamento. Não poderia ser de outra forma, caso contrário importaria em enriquecimento ilícito, vez que os créditos negociados são pagos adiantadamente pela empresa faturizadora ao faturizado no momento da cessão¹²⁷.

Nota-se que no entendimento acima transcrito, o julgador deixou de considerar a principal característica do contrato de factoring, qual seja, o risco inerente à atividade, onde o faturizador assume o risco do inadimplemento do devedor do título, caso diverso da impossibilidade do faturizador de receber o título quando há a inexistência de crédito, hipótese de enriquecimento sem causa do faturizado.

Outro entendimento que vem sendo adotado na jurisprudência é a possibilidade de se estipular cláusula no contrato que prevê a garantia do faturizado ao regresso em caso de inadimplemento do devedor do título. Veja julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - LIMINAR DE RETIRADA DO NOME DA AUTORA DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO NEGADA - CONTRATO DE FACTORING - NÃO EQUIVALÊNCIA DAS EMPRESAS FATURIZADORAS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – INEXISTÊNCIA, EM REGRE, DE DIREITO DE REGRESSO DA FATURIZADORA EM RELAÇÃO À FATURIZADA - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE MAUS PAGADORES - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Não há que se confundir a faturização com as operações de desconto bancário. Nem mesmo pode-se considerar as empresas de factoring como instituições financeiras, pois não realizam atividades bancárias e tampouco são reguladas pelo Banco Central do Brasil. **Uma das principais características dos contratos de fomento mercantil é a inexistência de direito de regresso por parte da faturizadora em relação à faturizada (cliente). A empresa de factoring assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor. Esta é a regra geral da cessão de crédito disposta do art. 296 do código civil, qual seja, o cedente não responde pela solvência do devedor, salvo estipulação em contrário. Tal**

¹²⁷ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Apelação Cível n. 4179296, Relatora Desembargadora Haydevalda Sampaio, 4ª Turma Cível, Publ. DJU 25.06.1997, p. 13.895.

estipulação deve estar expressamente convencionada no contrato de factoring¹²⁸. (sem grifos no original)

O entendimento corrobora com o fato de não haver lei específica sobre o contrato de factoring, aplicando à espécie o artigo 296 do Código Civil, que trata da cessão de crédito, prevendo expressamente: “Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação Anulatória – Contrato de fomento mercantil (“factoring”) – Cessão de crédito – Nota promissória. 1. A responsabilidade do cessionário pelo crédito cedido decorre de estipulação legal (artigo 295 do CC), respondendo, também, pela higidez econômica do devedor se a assumir por convenção (artigo 296 do CC). 2. No “factoring” a responsabilidade do cedente-faturizado pode ser convencionada. Não tendo o faturizador alcançado êxito perante o devedor-cedido, cobra o valor da duplicata contra o cedente, em caráter de regresso, havendo clara estipulação contratual a esse respeito.¹²⁹

Por fim, cumpre destacar julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, tendo em vista ser a instância superior a tratar do assunto.

AGRAVO REGIMENTAL. FACTORING. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO. IRREGULARIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACÓRDÃO FUNDADO NOS ELEMENTOS FÁTICOS DOS AUTOS. SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES. 1. Ao firmar a conclusão acerca da irregularidade do protesto, o Tribunal recorrido tomou em consideração os elementos fáticos carreados aos autos. Incidência da Súmula 07/STJ. 2. “O risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes” (REsp 992421/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008) 3. Agravo regimental não provido¹³⁰.

RECURSO ESPECIAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. 1. (...). 2. Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à

¹²⁸ Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Agravo de Instrumento n. 2004.033451-8, Blumenau, Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, 2ª Câmara de Direito Comercial, Julgado em 17.03.2005.

¹²⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível n. 0008019-18.2009.8.26.0248/SP, Indaiatuba, Relator Desembargador Itamar Gaino, 21ª Câmara de Direito Privado, DJe 12.07.2013.

¹³⁰ Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 88.022/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 02.10.2012.

compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes. 3. (...) 4. Recurso especial conhecido em parte e provido¹³¹.

Assim, conclui-se que há pontos divergente tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do contrato de factoring, mormente pelo fato de ser um contrato atípico, sem regulamentação específica.

O direito de regresso é o principal ponto de divergência, tendo em vista ser o principal causador das demandas.

A jurisprudência sobre o tema tem se mostrado mais tendenciosa a não aceitar o direito de regresso quando há a insolvência do devedor, pelo principal fato de caso haver essa possibilidade, o contrato perder a principal característica, que é o risco do negócio por parte da empresa faturizadora.

¹³¹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 992.421/RS, Relator p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12.12.2008.

CONCLUSÃO

O tema contrato de factoring, mais especificamente o direito de regresso no contrato de factoring é de grande relevância para o campo do direito empresarial, haja vista tratar-se de um contrato de grande utilidade no mercado, e não ter uma regulamentação específica, sendo um contrato atípico, com utilização dos costumes do mercado e analogia a outros contratos semelhantes, como por exemplo, a cessão de crédito.

Com o propósito de dar um norte à problemática acerca do direito de regresso da empresa faturizado em face da faturizada no contrato de factoring, o presente trabalho apresentou conceitos, natureza jurídica, modalidades do contrato, diferenças e semelhanças com outros pactos de transferências de títulos, a fim de aclarar a finalidade do factoring e o direito de regresso que é o tema do presente trabalho.

Foram feitas considerações acerca da característica principal do contrato de factoring, que é o risco empresarial a que a empresa faturizadora, cessionária dos títulos, assume quando adquire tais títulos da empresa faturizada, sendo a razão principal para o não acolhimento do direito ao regresso quando há a insolvência do devedor.

Há um grande problema envolvendo o direito de regresso no contrato de factoring, que é falta de legislação específica acerca do contrato. Os tribunais adotam o entendimento de que nos casos de inexistência de crédito, há o direito de regresso, enquanto na insolvência do devedor, por posição majoritária, é negada tal possibilidade.

A pesquisa propôs o seguinte problema central: é possível na interpretação do direito a possibilidade de regresso da empresa faturizado em face da empresa faturizada quando há a insolvência do devedor do título? A hipótese responde negativamente ao problema proposto.

O presente trabalho avaliou o contrato de factoring, suas características, funções, e operacionalidade, a fim de se analisar a possibilidade da empresa faturizadora, cessionária dos títulos, mover ação de regresso em face da empresa faturizada, cedente dos títulos.

No primeiro capítulo foram abordados aspectos doutrinários sobre o tema contrato de Factoring. Estabeleceu-se conceitos, natureza jurídica e modalidades do contrato de factoring, que é o ponto de partida para que se tenha a caracterização do contrato. Tratou-se

ainda sobre a legislação aplicável ao contrato de factoring, bem como as tentativas de se legislar sobre o referido contrato.

No segundo capítulo foram explanadas as semelhanças e diferenças do contrato de factoring com outros pactos contratuais de transferência de títulos, a fim de aclarar a finalidade do factoring e o direito de regresso que é o tema do presente trabalho. Foram analisadas a visão doutrinária quanto à possibilidade ou não do direito de regresso do faturizador em relação ao faturizado, quando há a insolvência do devedor do título, e também ante a inexistência de crédito por vício na origem e formação do título.

No terceiro capítulo apresentou-se o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade do direito de regresso no contrato de factoring, tanto o entendimento favorável quanto contrário ao direito de regresso, com a conclusão sobre qual entendimento prevalece nos tribunais pátrios.

Conclui-se neste trabalho pela validade da hipótese eleita ao problema proposto. É possível na interpretação do direito vigente de acordo com a doutrina e a jurisprudência predominante o entendimento pelo não cabimento do direito de regresso da empresa de factoring em face da empresa lojista, quando insolvente o devedor do título de crédito repassado àquela por esta empresa.

REFERÊNCIAS

- BEBER, Jorge Luis Costa. Contrato de factoring: legalidade da cláusula de regresso. **Revista de Fomento Mercantil**, março 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BRITO, Maria Helena. **O factoring internacional e a Convenção do UNIDROIT**. Lisboa: Cosmos, 1998.
- BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- BULGARELLI, Waldírio. **Direito empresarial moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CASTRO, Rogério Alessandre de Oliveira. **Factoring no Brasil e na Argentina – análise histórica, estrutural e funcional – estudo de direito comparado**, Convenção de Ottawa do Unidroit. Curitiba: Juruá, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. 3.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Imprensa, 1981.
- COMPARATO, Fábio Konder. Factoring. **Revista de Direito Mercantil**, n. 6, 1972.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico prático dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.
- DONINI, Antonio Carlos. **Manual do factoring**. São Paulo: Klarear, 2004.
- DONINI, Antonio Carlos. Factoring: regulação, funções desempenhadas, modalidades e o direito de regresso. **Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 124.
- DONINI, Antônio Carlos. **“Factoring”**: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 5. ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008.
- GUILHERME, José Carlos Dias. **Factoring: teoria e prática**. 1. ed. São Paulo: Klarear, 2009.
- LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- LEMMI, Luiz Rodrigo. **Atividade Financeira e Factoring no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil, vol. III: Fontes das obrigações: contratos**. 4. ed. rev e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- MARTINS, Fran. **Títulos de Crédito**. 15. ed. atualizada por Joaquim Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, 1. v.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 3. v.
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Novo Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 2. v.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SOARES, Marcelo Negri Soares. **Contrato de factoring**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2008, 1. v.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 2. v.

WALD, Arnoldo. **Regime legal das empresas de factoring**. v. 86, n. 740. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun, 1997.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 18. ed. reformulada com a colaboração dos professores Semy Glanz, Ana Elizabeth L. W. Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani – São Paulo: Saraiva, 2009, 2. v.

ANEXO: Projeto de Lei da Câmara n. 13/2007

COMISSÃO DIRETORA

PARECER Nº 1.174, DE 2010

Redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 13, de 2007 (nº 3.615, de 2000, na Casa de origem).

A **Comissão Diretora** apresenta a redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 13, de 2007 (nº 3.615, de 2000, na Casa de origem), que *dispõe sobre as operações de fomento mercantil – factoring, e dá outras providências*, consolidando as correções propostas pelo relator e as adequações redacionais delas decorrentes, aprovadas pelo Plenário.

Sala de Reuniões da Comissão, em 3 de agosto de 2010.

ANEXO AO PARECER Nº 1.174, DE 2010.

Redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 13, de 2007 (nº 3.615, de 2000, na Casa de origem).

Dispõe sobre o fomento empresarial e altera a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei disciplina o contrato de fomento empresarial e as sociedades de fomento empresarial.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, são sinônimas as expressões “fomento empresarial”, “fomento mercantil”, “fomento comercial”, “faturização” e “*factoring*”.

CAPÍTULO I DO CONTRATO DE FOMENTO EMPRESARIAL

Art. 2º Contrato de fomento empresarial é aquele pelo qual uma parte transmite à outra, total ou parcialmente, a título oneroso, créditos decorrentes de suas atividades empresariais.

Parágrafo único. O contrato de fomento empresarial poderá prever, ainda, a prestação de serviços relacionados à atividade empresarial, tais como:

- I – assessoria sobre o processo produtivo ou mercadológico;
- II – avaliação e seleção de clientes ou fornecedores;
- III – análise e gestão de créditos;
- IV – acompanhamento de contas a pagar e a receber.

Art. 3º As operações de fomento empresarial reger-se-ão pelas disposições pactuadas em contrato escrito, observado o disposto nesta Lei.

Art. 4º O cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de fomento empresarial poderá ser garantido por fiança, outras formas de caução real ou fidejussória ou cessão fiduciária de créditos.

Art. 5º Estabelecido o contrato de fomento empresarial, os documentos para a transmissão dos créditos serão apresentados pelo faturizado à aprovação do faturizador, que devolverá aqueles que não aprovar.

Parágrafo único. Os créditos aprovados serão relacionados em aditivo contratual próprio, que explicitará o nome dos devedores, o valor nominal dos créditos e seu vencimento, a remuneração do faturizador e outras especificidades da operação, além da discriminação, se for o caso, de serviços prestados na forma do parágrafo único do art. 2º desta Lei.

Art. 6º Às operações de fomento empresarial realizadas com títulos de crédito aplicam-se as normas de transmissão previstas nas respectivas leis específicas.

§ 1º Caso a legislação específica preveja transmissão por endosso, esse deverá ser lançado em preto, sem prejuízo dos demais requisitos previstos em lei, devendo o faturizador preencher seu nome se o título trazer endosso em branco.

§ 2º Se não houver norma específica sobre a forma de transmissão do crédito, aplicam-se as regras de cessão previstas no Código Civil, servindo o contrato de fomento empresarial, juntamente com o respectivo aditivo contratual, como instrumento particular de cessão.

Art. 7º A remuneração da operação de fomento empresarial consiste na diferença entre o valor nominal do crédito e o valor pago pelo faturizador e pode ser acrescida do valor referente à prestação de serviço previsto no parágrafo único do art. 2º desta Lei.

Art. 8º O faturizado é responsável pela veracidade, legitimidade e legalidade do crédito transmitido ao faturizador e, se houver previsão no contrato de fomento empresarial ou em seu aditivo, pelo pagamento no caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor principal.

Art. 9º No caso de operação no mercado internacional, o faturizador, como cessionário de crédito à exportação, é responsável pelo cumprimento das normas cambiais previstas na legislação específica e em sua regulamentação.

CAPÍTULO II DAS SOCIEDADES DE FOMENTO EMPRESARIAL

Art. 10. A atividade de fomento empresarial será praticada pelas sociedades de fomento empresarial que cumpram o disposto nesta Lei, sem prejuízo das operações praticadas por instituições financeiras autorizadas a funcionar no País, que se regerão por legislação e regulamentação próprias.

§ 1º A sociedade de fomento empresarial é empresária e somente poderá iniciar suas atividades após inscrição no Registro Público de Empresas.

§ 2º A sociedade de fomento empresarial terá como objeto social exclusivo a atividade de fomento empresarial e somente poderá realizar as operações previstas nesta Lei com empresários ou sociedades empresárias inscritos no Registro Público de Empresas.

Art. 11. O nome empresarial da sociedade de fomento empresarial conterá a expressão “fomento empresarial”, “fomento mercantil”, “fomento comercial”, “faturização” ou “*factoring*”, e nele, assim como em qualquer texto de divulgação de suas atividades, não poderão constar as expressões “banco”, “financeiro”, “financiamento”, “empréstimo”, “investimento” ou qualquer outra que possa sugerir a prática de atividade privativa de instituição financeira.

Art. 12. É vedado à sociedade de fomento empresarial:

I – captar depósitos do público em geral por instrumentos privativos de instituições financeiras;

II – executar operações com créditos não decorrentes das legítimas atividades empresariais do faturizado;

III – executar outras operações de caráter privativo de instituições financeiras; e

IV – praticar operações de fomento empresarial tendo como faturizada qualquer entidade da administração pública indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 13. Sem prejuízo de outras restrições previstas na legislação, a sociedade de fomento empresarial não poderá ter como administrador ou controlador, de fato ou de direito:

I – pessoa condenada em sentença penal transitada em julgado por crime previsto nesta Lei ou por crime contra o patrimônio, a economia popular, o sistema financeiro nacional ou a ordem econômica, enquanto perdurarem os efeitos da condenação; ou

II – pessoa contra a qual haja indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei.

Art. 14. A sociedade de fomento empresarial deverá, na forma do regulamento, gozar de capacidade econômico-financeira para o exercício de suas atividades.

§ 1º Previamente ao arquivamento de seu ato de constituição, os fundadores da sociedade de fomento empresarial deverão apresentar, na forma do regulamento, documentação comprobatória da capacidade econômico-financeira da sociedade a se formar ao órgão ou entidade a que se refere o § 6º do art. 16 desta Lei, que decidirá no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, contado da apresentação, depois do qual, sem manifestação, ficará tacitamente reconhecida a capacidade econômico-financeira da sociedade a se formar.

§ 2º Caso sobrevenha decisão contrária à comprovação da capacidade econômico-financeira para a constituição de sociedade de fomento empresarial já posta em funcionamento com base no reconhecimento tácito previsto no § 1º deste artigo, será concedido prazo de, no mínimo, 30 (trinta) dias para a sociedade se adequar, sob pena de fechamento do estabelecimento.

Art. 15. Do pedido de arquivamento do ato de constituição de sociedade de fomento empresarial deverá constar, sem prejuízo de outros requisitos previstos na legislação:

I – declaração dos administradores e dos controladores de não estarem impedidos de exercer sua administração ou controle; e

II – prova do reconhecimento da capacidade econômico-financeira ou certidão de decurso do prazo previsto no § 1º do art. 14 desta Lei.

§ 1º Alternativamente ao requisito do inciso II do *caput* deste artigo, a documentação prevista no § 1º do art. 14 poderá ser apresentada diretamente ao Registro Público de Empresas, que a remeterá ao órgão ou entidade a que se refere o § 6º do art. 16 desta Lei, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, o registro ficará sobrestado até o término do prazo previsto no § 1º do art. 14, após o qual o arquivamento será concluído, respeitados os demais requisitos previstos em lei, ou, na hipótese de o órgão ou a entidade a que se refere o § 6º do art. 16 comunicar ao Registro Público de Empresas o não cumprimento dos requisitos legais, o arquivamento sobrestado será negado e a documentação devolvida ao apresentante.

§ 3º O Registro Público de Empresas, ao receber o pedido de arquivamento do ato de constituição ou de alteração que contenha acréscimo, substituição de administrador ou alteração no controle de sociedade de fomento empresarial, dará ciência do fato ao órgão a que se refere o § 6º do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Sem prejuízo da responsabilidade criminal, a sociedade de fomento mercantil estará sujeita, na forma do regulamento, garantidos o contraditório e a ampla defesa, às seguintes sanções administrativas por descumprimento da legislação em vigor:

I – advertência, com estipulação, se for caso, de prazo para a correção da irregularidade;

II – multa, graduada de acordo com a gravidade da infração e a capacidade econômica do infrator, nos casos de reincidência específica, descumprimento do prazo estipulado com base no inciso I ou embargo à fiscalização;

III – fechamento do estabelecimento, no caso de reincidência específica em infração anteriormente punida com multa, ou por descumprimento dos requisitos previstos nos arts. 13 e 14 desta Lei.

§ 1º A multa não excederá o maior destes valores:

I – R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

II – 50% (cinquenta por cento) do valor da operação irregular;

III – 3 (três) vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito.

§ 2º No caso de fechamento do estabelecimento, aplicar-se-ão, no que couberem, os efeitos previstos na legislação para a extinção da autorização para funcionar, e seus administradores ficarão proibidos de exercer função de administrador em qualquer sociedade de fomento empresarial, pelo prazo de 2 (dois) anos.

§ 3º A pena de fechamento do estabelecimento por descumprimento dos requisitos previstos nos arts. 13 e 14 desta Lei será precedida de concessão de prazo de, no mínimo, 30 (trinta) dias para adequação.

§ 4º Quaisquer pessoas naturais ou jurídicas que atuem, em descumprimento aos termos desta Lei, como sociedade de fomento empresarial, bem como seus diretores e administradores, estarão sujeitas às sanções administrativas previstas neste artigo.

§ 5º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas nesta Lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade.

§ 6º A fiscalização e a aplicação das penalidades previstas neste artigo serão feitas por órgão ou entidade designada pelo Poder Executivo, que, caso tome conhecimento de infração tipificada como crime, dará conhecimento ao Ministério Público, para que promova a ação penal.

Art. 17. Se o interesse público permitir, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações aos dispositivos desta Lei poderá ser suspenso, a critério da autoridade fiscalizadora, em qualquer fase, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a:

I – cessar a prática de atividades ou de atos considerados ilícitos pelo órgão fiscalizador;
e]

II – corrigir as irregularidades apontadas, indenizando os prejuízos.

§ 1º O compromisso a que se refere o *caput* não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 2º O termo de compromisso discriminará o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 3º Não cumpridas as obrigações no prazo, terá continuidade o procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis.

CAPÍTULO III DAS DISPOSIÇÕES PENAIS

Simulação de operação de fomento empresarial

Art. 18. Apresentar crédito para faturização que não seja decorrente de sua atividade empresarial, que seja fraudulento ou que saiba ser indevido:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o representante do faturizador que conclui a operação mesmo sabendo tratar-se de simulação nos termos do *caput* deste artigo.

Captção de depósito por instrumento privativo de instituições financeiras

Art. 19. Captar, como representante da sociedade de fomento empresarial, depósito do público em geral por instrumento privativo de instituições financeiras:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Se resulta prejuízo ao depositante:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Prática de operação privativa de instituição financeira por sociedade de fomento empresarial

Art. 20. Conceder empréstimo, realizar financiamento ou praticar, como representante da sociedade de fomento empresarial, outra operação privativa de instituição financeira:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. As penas previstas nesta Lei aplicam-se aos sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, do faturizador ou do faturizado, na medida de sua culpabilidade, sem prejuízo das penas previstas para os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

Parágrafo único. As penas aplicam-se a quem exerça de fato a atividade de fomento empresarial.

Art. 22. As condutas previstas neste Capítulo constituem crimes contra a ordem econômico-financeira, devendo a ação penal ser promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

Parágrafo único. Aplica-se, no que couber, o procedimento criminal previsto para os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS

Art. 23. O órgão ou entidade designado pelo Poder Executivo para realizar a fiscalização das sociedades de fomento empresarial custeará as despesas necessárias ao seu funcionamento com os recursos provenientes de:

I – receitas de taxa decorrente do exercício de seu poder de polícia;

II – outras dotações que lhe forem consignadas no orçamento federal.

§ 1º A taxa prevista no inciso I do *caput* deste artigo, cobrada da sociedade de fomento empresarial na forma do § 2º deste artigo, terá:

I – como fato gerador, o exercício regular do poder de polícia;

II – como base de cálculo, o patrimônio líquido da sociedade de fomento empresarial apurado no exercício imediatamente anterior ao do recolhimento;

III – periodicidade anual; e

IV – prazo de recolhimento até 15 de julho de cada exercício.

§ 2º A taxa prevista no inciso I do *caput* deste artigo terá o seguinte valor, em reais, em função do patrimônio líquido da sociedade de fomento empresarial:

I – R\$ 300,00 (trezentos reais), se o patrimônio líquido for menor ou igual a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais);

II – R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) e menor que R\$ 5.000.000,01 (cinco milhões de reais e um centavo);

III – R\$ 675,00 (seiscentos e setenta e cinco reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e menor que R\$ 10.000.000,01 (dez milhões de reais e um centavo);

IV – R\$ 900,00 (novecentos reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e menor que R\$ 20.000.000,01 (vinte milhões de reais e um centavo);

V – R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e menor que R\$ 40.000.000,01 (quarenta milhões de reais e um centavo);

VI – R\$ 1.920,00 (mil, novecentos e vinte reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) e menor que R\$ 80.000.000,01 (oitenta milhões de reais e um centavo);

VII – R\$ 2.880,00 (dois mil, oitocentos e oitenta reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais) e menor que R\$ 160.000.000,01 (cento e sessenta milhões de reais e um centavo);

VIII – R\$ 3.840,00 (três mil, oitocentos e quarenta reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de reais) e menor que R\$ 320.000.000,01 (trezentos e vinte milhões de reais e um centavo);

IX – R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de reais) e menor que R\$ 640.000.000,01 (seiscentos e quarenta milhões de reais e um centavo);

X – R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais), se o patrimônio líquido for maior que R\$ 640.000.000,00 (seiscentos e quarenta milhões de reais).

§ 3º Aplicam-se às taxas devidas e não recolhidas até o prazo previsto no inciso IV do § 1º deste artigo as penalidades e demais acréscimos previstos na legislação tributária federal.

Art. 24. As pessoas jurídicas que exercem as atividades constantes do art. 2º desta Lei são obrigadas à apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas pelo lucro real, observado o disposto nos arts. 25 a 28 desta Lei.

Parágrafo único. Estão também obrigadas ao disposto no *caput* deste artigo as pessoas jurídicas que explorem as atividades de securitização de créditos.

Art. 25. O § 1º do art. 15 e o art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação, revogando-se a alínea *d* do inciso III do § 1º do art. 15:

“Art. 15.

§ 1º

.....

III –

.....

d) (Revogado)

IV – 45% (quarenta e cinco por cento), para as atividades de fomento empresarial e de securitização de créditos.

.....” (NR)

“Art. 20. A base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei nº 8.981, de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a 12% (doze por cento) da receita bruta, na forma definida na legislação vigente, auferida em cada mês do ano-calendário, exceto para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades a que se referem os incisos III e IV do § 1º do art. 15 desta Lei, cujo percentual corresponderá a 32% (trinta e dois por cento).

.....” (NR)

Art. 26. Alternativamente ao disposto no art. 51 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, o lucro arbitrado da pessoa jurídica que exercer as atividades relacionadas no art. 2º ou no parágrafo único do art. 24 desta Lei, para fins de imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), quando não conhecida a receita bruta, poderá ser determinado aplicando-se o percentual de 10% (dez por cento) sobre o montante dos valores creditados no período em conta de depósito ou de investimento mantida em instituições financeiras, acrescido dos valores mantidos com terceiros.

Art. 27. As pessoas jurídicas a que se refere o art. 2º ou o parágrafo único do art. 24 desta Lei sujeitam-se:

I – à incidência cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) à alíquota de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e de 4% (quatro por cento), respectivamente; e

II – à incidência da CSLL à alíquota de 15% (quinze por cento).

Art. 28. A receita bruta e o faturamento do faturizador corresponderão a sua remuneração, tal como definida no art. 7º desta Lei, sem prejuízo das exclusões previstas em lei.

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. Não estão sujeitas às disposições desta Lei:

I – as Companhias Securitizadoras de Créditos Imobiliários – Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997;

II – as Companhias Securitizadoras de Direitos Creditórios do Agronegócio – Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004; e

III – os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

Art. 30. A cobrança da taxa prevista no inciso I do art. 23 desta Lei ocorrerá no exercício seguinte ao do início das atividades de fiscalização a cargo do órgão ou entidade designada pelo Poder Executivo.

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação, exceto em relação aos arts. 14 a 17, que entrarão em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua regulamentação.